الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة الجزائر

معهد الحقوق و العلوم الادارية

حوالة الحق في القانون المدني الجزائري

(دراسة مقارنة)

بحث للحصول على درجة الماجستير
في العقود و المسؤولية

إعداد الطالب : بوشاشي يوسف
تحت إشراف : الدكتور علي علي سليمان

لجنة التحكيم :

الدكتور	رئيسا
الدكتور	مقررا
الدكتور	عضوا

ماي 1984

الاهـــــــداء

الـى روح والــــدى الطاهـرة ، الـــذى بـــذلهـــا من أجـــل أن تعيـــش الجـــزائـر حرة مستقـــلــــة

والى والدتـــى التى ضحـت من أجـل أن تمنحنـــا الأمـل فـى المستقبـــل .

والــى زوجتـى التى لولا سهرها لما خرج هـذا الجهـد الى الوجود .

أهدى هـــذه البكورة من ثمرة جهدى .

بســم اللــه الرحمــن الرحيــم

مقـدمــة

لقد أدى ازدهار الحياة الاقتصادية لمجتمعاتنا الى وفرة السلع والاموال فنشطت المعاملات ، وازداد حجم العلاقات القانونية ، واتسمت بطابع السرعة في تداول الاموال والثروات ، فأصبح الانسان يتعاقد أو يلتزم في ظل ظروف معينة بغية تحقيق أهداف محددة ، والحصول على منافع أكيدة لكنه قد يحدث بعد انجاز هذه العملية القانونية التي أكسبته حقوقا ، ورتبت عليه التزامات ، ان تتغير الظروف قبل حلول اجل التنفيذ ، ويشعر أحد المتعاقدين بحاجة ملحة ، في استثمار حقه بالتصرف فيه ، قبل أوان استحقاقه للحصول على نقود عاجلة يفي بها ديونا لا تحتمل التأجيل ، أو أن يتحلل من التزامه قبل حلول أجل الوفاء به .

وان كان الفكر القانوني ، قد تصور مصيرا محتوما للالتزام بعد نشوئه هو الانقضاء ، فانه لم يغفل الابقاء على الالتزام رغم تغير أطراف العلاقة القانونية ، باعتباره قيمة مادية يمكن تداولها ، فمنح بذلك للدائن الاجل الذي يحتاجه ، ومكن الدائن من الحصول على حقه فورا بطريق التصرف فيه من غير طريق مدينه ، وأطلق على هذه العملية القانونية مصطلح " انتقال الالتزام " وانتقال الالتزام ، اما أن يكون انتقالا ايجابيا بين الدائنين وحينئذ يسمى " حوالة الحق " ، واما أن يكون انتقالا سلبيا بين المدينين فيسمى آنذاك " حوالة الدين " ، وهي خارجة عن نطاق بحثي الذي يقتصر على حوالة الحق فقط ، التي نظم المشرع الجزائري أحكامها في الفصل الأول من الباب الرابع من الكتاب الثاني ، المتعلق بالالتزامات والعقود .

.../...

وقد حفزني الى انتقاء حوالة الحق موضوعاللبحث ، عامـلان أساسيان ، هما : أهميتها البالغة في المجالين الاقتصادى والقانوني ، والاهمال الكبير الذى توبلت بـه من طرف رجال القانون .

فحوالة الحق تعتبر من أنجح الوسائل القانونية التي أوجدها الفكر البشرى ، لتداول الاموال ، والثروات ، والتعامل في الحقوق بتحويلها اذ أنها توفـر الاطار القانوني ، المتسم بالمرونة والقدرة على استيعاب الظروف الجديدة وتقديم الحلول الملائمة لها هذا من ناحية ومن ناحية اخرى فهي تلبي طابع السرعة التي أصبحت تكتسيه المعاملات في ميدان التجارة وتداول الحقوق ، وتتجلى الاهمية العملية في الميدان الاقتصادى لهذا النظام القانوني في صفته الآلية في نقل الحقوق من الدائن الاصلي الى الدائن الجديد بمجرد اتفاقهما ودون حاجة الى رضاء المدين أو أى تدخل منه ، فتكون وسيلة ناجعة للدائن الذى يريد أن يحول حقوقه قبل حلول أجل استيفائها ، فان كان في حاجة الى المال باعها للحصول على المبلغ الذى هو في حاجة اليه ، وان كان مدينا ويريد أن يقوى ائتمانه رهن حقه كضمان للدين الذى في ذمته ، وله أن يستعملها كوسيلة للوفاء بدينه ان رضي دائنه بذلك ، فعن طريق الحوالة ، يمكن لصاحب الحق أن يستفيد منه باستثماره بالتصرف فيه والتنازل عنه كما يفيد غيره ، بحيث ان الدائن الجديد ، قد يجني كسبا من وراء هذه العملية اول على الأقل يمكنه توظيف امواله بالاستفادة من الحماية القانونية والامتيازات ، التي كانت للدائن الاصلي ، والتي قد لا يحصل عليها لو أقرض أمواله .

أما أهميتها في المجال القانوني ، فلا تقل عنها في المجال الاقتصادى فهي وسيلة فنية يمكنها أن تحقق أغراضا مختلفة وتنجز عدة عمليات قانونية كان من المفروض انجازها بالالتجاء الى عقود مختلفة فهي يمكن ان تكون بيعا أوهبة ، أو رهنا ... الخ .

.../...

واذا كانت حوالة الحق قد أصبحت نظاما قانونيا ، له كيانه المستقل ، ومزاياه القانونية والاقتصادية ، فانها لم تكن نتيجة اكتشاف اهتدى اليه المفكرون ، ولا وليدة اجراءات تشريعية، بل هي وليدة تطور تاريخي طويل وبطيء فرضته التحولات الاقتصادية الجديدة ، ونمو ونمو المبادلات التجارية ، كنظام قانوني بديل للوسائل القانونية القديمة التي ثبت عجزها عن مسايرة الاحداث .

ولقد قلل رجال الفكر القانوني من شأنها ، ولم يحتفوا بها ، رغم أنها تعتبر اداة قانونية ملائمة ، تستجيب لمقتضيات التطور الاقتصادي الحاصل بما تقدمه من حلول ملائمة للمشكلات القانونية التي أفرزتها التحولات المادية العميقة لمجتمعاتهم . وذلك أنها لم تكن معروفة في الفكر القانوني الروماني الذي وصلنا ، والذي يعتبر لدى البعض أنه تدوين لحكم العقل البشري الذي لا مرد له ، وأنه المثال الاعلى ، الذي يجب الاحتذاء به ، وعدم المساس بقداسته . فكان تناولهم لموضوع حوالة الحق ، رغم خصوبته ، يتسم بالاختصار الشديد ، الذي يوحي بعدم أهمية هذا الموضوع ، ويعطيه تصويرا ضيقا يدل على عقمه فعلا ، وينم عن عدم فعاليته فابتلعه النسيان والاهمال .

واذا كان مصطلح " حوالة الحق " يوحي لاى انسان أن نظام حوالة الحق يشمل حوالة كل الحقوق بدون تمييز بينهما ، فان القوانين الوضعية الحديثة تنفي هذا الاعتقاد المنطقي ، اذ أنها عن طريق التحديدات التحكمية ميزت في الحوالة ، بين حوالة الحق الشخصي الذى تحكمه قواعد الحوالة ، وحوالة الحق العيني الذى أخضعته الى قواعد خاصة ، بل ان الادهى من كل هذا ، أنه حتى في مجال الحقوق الشخصية ، نجد المشرع يفرق بين انتقال الحقوق المدنية التي اخضعها لاحكام حوالة الحق المقننة في التشريع المدني ، وانتقال الحقوق التجارية ، التي أخضعها بأحكام خاصة أوردها

.../...

في التشريع التجاري.ولست أدري ماهو المعيار الذي اعتمده المشرع لاجراء هذا التمييز بين انتقال الحقوق ؟ ولا ماهي الحكمة المتوخاة من ذلك؟ الم يكن من المنطقي أن يضع قواعد موحدة تنتظم تحتها أحكام حوالة جميع الحقوق ؟'

خاصة أن طابع السرعة لم يعد قاصرا على الحياة التجارية ، بل لقد شمل كل مرافق الحياة الاجتماعية ، فتسربت الوسائل التجارية لحوالة الحقوق الى الحياة المدنية ، وعم استعمالها بين أفراد المجتمع في معاملاتهم اليومية نتيجة لما تمتاز به من يسر وفعالية ، فالحياة السهلة لم تعد تستميل التجار فقط ! كما أن العقارات لم تعد هي أساس الثروة ، بل لقد أصبح أساس الثروة في وقتنا الراهن يتشكل من القيم المنقولة والحقوق الشخصية ، التي أصبحت تفوق من حيث الاهمية العقارات ، أضف الى ذلك التقارب الكبير بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية ، الذي ترتب على الاخذ بالنظرية المادية للالتزام ، التي انتشرت فلسفتها ، حتى في البلدان التي تطغى على قوانينها النزعة اللاتينية .

وأمام الاهمال الكبير الذي يحيط بموضوع الحوالة ، فقد بذلت مجهودات كبيرة للتصدي للصعوبات التي جابهتني في جمع اجزاء هذا البحث نتيجة لانعدام المراجع العربية المتخصصة فيه ــ حسب علمي ــ الشيء الذي اضطرني الى الاعتماد على المراجع العامة فقط . وأظن أن هذا البحث لن يكون الا مساهمة متواضعة في محاولة صادقة لاخراج موضوع حوالة الحق من طي النسيان ، واعطائه المكانة اللائقة به بين الانظمة القانونية الاخرى، التي اوجدتها ضرورات الحياة العصرية في ميدان المعاملات المالية.

وقد تناولت هذا الموضوع على ضوء أربعة تشريعات مدنية هي :
التشريع المدني الجزائري ، الذي يعتبر تشريعا فتيا في حاجة الى جهود ابنائه لاثرائه ، وتنقيحه ، وتطويره ، بما يستجيب لمقتضيات تطور الجزائر وطموحاتها في اطار الرؤية الواضحة للاهداف المنشودة والتقدير السليم

.../...

لظروف البلاد الموضوعية (1) مع مقارنته بالتشريعين المصري والفرنسي من ناحية ، لانهما يعتبران مصدرين تاريخيين لتشريعنا الوطني ، ولو أن التشريع المصري المتشبع بمبادىء الشريعة الاسلامية الغراء يعتبر امتدادا أكثر تفتحا للتشريع الفرنسي ، الذي لازال يحاول المحافظة على تركة اسلافه الرومان بأمانة ، ومن ناحية أخرى بالتشريع اللبناني الذي يمثل فكرا قانونيا أكثر تأثرا وتقليدا للقانون الفرنسي .

وسأقدم هذه الدراسة القانونية لمشكل حوالة الحق في القوانين الآنفة الذكر ، دون اهمال ما تيسر لي من الحلول القضائية في القضاء الفرنسي والمصري ، وذلك لما لها من أهمية عملية وتطبيقية واما الاحكام القضائية الجزائرية في باب حوالة الحق ، فانني لم أتمكن من العثور ولا على حكم واحد فيها ، وقد قسمت دراستي لهذا الموضوع الى فصل تمهيدي وثلاثة أبواب على النحو التالي :-

الفصل التمهيدي : وقد خصصته لطرح فكرة انتقال الالتزام عموما ، وتطوره التاريخي .

الباب الأول : تعرضت فيه للتعريف بحوالة الحق ، والشروط القانونية لانشائها مع مقارنتها بالانظمة القانونية التي تتشابه معها .

الباب الثاني : وفيه تناولت الشروط التي استوجبها القانون لجعل حوالة الحق نافذة في حق الغير .

الباب الثالث : تناولت فيه آثار الحوالة فيما بين طرفيها ، وآثارها بالنسبة الى الغير ، وتحديد العلاقات المختلفة التي تنشئها بين جميع الفئات .

(1) أنظر مقدمة الميثاق الوطني ص 16 .

الخاتمـــة : قصدت منها أساسا تركيز النتائج التي توصلت
اليها من خلال بحثي ، وحصر الخطوط الرئيسية
للموضوع .

واخيرا أتمنى أن أسد بهذا البحث الذى بذلت فيه جهودا متواضعة بعض الفراغ الذى تشكو منه المكتبة العربية عموما ، والمكتبة القانونية في الجزائر على وجه الخصوص .

وفي كل هذا أسأل الله عز وجل أن يسدد خطاى وأن يوفقني الى ما فيه نفع وصواب .

فالله الموفق والمعين

يوسف بوشاشي

الفصـــــل التمهيـــدى

المبحـــــث الأول

شخصية الالتزام كانت عائقا لقبول فكرة انتقالـــه

لقد أصبح من المسلم به في الاوساط الفقهية لعلم القانون في المرحلـــة الراهنة أن للالتزام (1) جانبين متقابلين ، يشكلان قطب الرحى اذ فيه لا يمكن الدائـن الوصول الى حقه الا بواسطة المدين ، وهو بهذا ينطوى على جانب شخصي غاية فـي الخطورة ، فيكون ان نظر اليه من حيث اطرافه عبارة عن رابطة قانونية بين شخصين أو عدة اشخاص .

وللالتزام جانب مادى ، ان نظر اليه من حيث محله فيكون حينئذ عبارة عـن قيمة اقتصادية ، تمثل عنصرا ماليا في ذمة صاحبها ، فتنشـأ بذلك علاقة بين ذمتين او عدة ذمم مالية ، ويكون الالتزام حينئذ عنصرا ايجابيا في ذمة الدائن ، ويسمـى "حقـا" وعنصـرا سلبيا في ذمة المدين ويطلق عليه "الالتزام ، او الدين" .

.../...

---

(1) ونقصد هنا بكلمة الالتزام ، المعنى الفنى الذى ترمي الى التعبير عنه القوانين الحديثة ، وهو الحق الشخصي او حق الدائنية ، باعتباره حقـــا في ذمة الدائن ، ودينا في ذمة المدين وبالتالي فاننا نستبعد من مقصودنا الواجبات التي لا تدخل في مضمون هذا المعنى لانها لا تعتبر التزامـــات بالمعنى الفني لهذا المصطلح ، اذ ان الواجبات التي يفرضها القانـــون بين افراد الاسرة كواجب الطاعة بين الازواج ، والواجبات القانونية العامـــة التي تقع على عاتق الكافة لمصلحة كل فرد ، كواجب احترام الحقوق العينيـــة والحقوق اللصيقة بالشخصية ، كل هذه الواجبات لا تعتبر التزامات بالمعنى الفني للكلمة ، أى أن كل التزام واجب لكن ليس كل واجب التزامـا .

غير أن المشكل ، الذى لا زال يثير نقاشا حادا ، ويحول دون اجماع الفقهاء ويفرقهم الى أحزاب وشيع ، ويقتفي أثرهم في ذلك التشريع والقضاء هو من أى زاوية يجب أن ننظر الى الالتزام ؟ هل من زاوية اشخاصه ، أخذا بالمفهوم الشخصي الذى يمثل الاساس التاريخي لمفهوم الالتزام لدى الرومان ، والذى أصبح عاجزا عن مسايرة ما حصل من تطور على كافة الاصعدة ، وخاصة في ميدان المعاملات المالية ، التي اصبحت تستدعي بالحاح البحث عن ادوات واجراءات قانونية مرنة ، وناجعة لاستيعابها ، وسد ما تركه قصور القواعد القانونية التقليدية من فراغ كبير ؟ أو يجب أن ننظر الى الالتزام من زاوية القيمة الاقتصادية التي يمثلها ؟ أخذا بالمفهوم المادى للالتزام ، الذى يمثل الرؤية المتقدمة ، التي تأخذ في حسابها الاوضاع المادية والادبية الراهنة ، فنستلهم بذلك روح العصر ونعمل على الاستجابة لمقتضياته بقواعد قانونية نابعة منه ، لتتولى تنظيم العلاقات الاجتماعية فيه ، فيما بعد وتكون وسيلة فعالة للبناء والتقدم الاجتماعي ، وأداة حاسمة في عملية تصفية القيم البالية التي تعرقل تطور مجتمعاتنا ، وطموحاتها ؟

(1)

فاذا اعتبرنا ان الالتزام يمثل اساسا رابطة قانونية بين شخصين معينين فانه لا يمكن ان يقوم الا بينهما ، بحيث اذا تغير احدهما ، سواء كان الدائن او المدين او دخل شخص ثالث في هذه الرابطة الالزامية ، فان الالتزام يتغير بالضرورة ، وينتهي ، والالتزام الذى ينشأ بعد ذلك لا يمكن ان يكون هو الالتزام القديم .

.../...

(1) وقد عرف الفقيه الروماني بولس " (PAULUS) الالتزام بقوله : " ان جوهر الالتزام ليس في حصولنا على شيء أو على ارتفاق ، انما هو في اجبار الغير على ان يعطينا شيئا او على ان يقوم بأداء شيء لنا " كما عرفه الفقيه جوستينيان " (JUSTINIANUS) في كتابه " المتون " بقوله : الالتزام رابطة قانونية تضطرنا بحكم قانوننا المدني الى أداء شيء من الاشياء " . وهذا التعريف التقليدى للالتزام هو التعريف الذى يتناقله الكتاب الى وقتنا هذا . (عن شفيق شحاته ــ نظرية الالتزام في القانون الروماني ص60 .

وبما أن انتقال الالتزام يتضمن تغيير أحد اطراف الرابطة الالزامية فانـــه يترتب على ذلك عدم امكانية تصور فكرة انتقاله ، سواء في جانبه السلبي او في جانبه الايجابي ، مادام الالتزام رابطة قانونية بين شخصين ، تعطي للدائن سلطة علـى جسم المدين تصل احيانا الى حد الاعدام أو الاسترقاق ، ثم تلطفت هذه السلطـة فيما بعد ، ووقفت عند حد الحبس اذا كان جسم المدين ، يعد عنصرا من عناصـر الالتزام ، الذى لم يكن في الامكان فصله عن الملتزم ، وبالاضافة الى هذا كانت الشكلية المفرقة تتصدر انشاء الالـــتزام (1) فالشخص الذى لا يشارك فيها ، لا يمكنه ان يكـون صاحب العلاقة القانونية ، وتغيير احد اطرافها كان يتطلب اجراءات جديدة (2) ، والاجراءات الجديدة كانت تتضمن انشاء التزام جديد ، وترتب على كل هذا عـدم جواز تحويل الالتزام أو التعامل فيـه •

وأمام هذه النتيجة غير المرغوب فيها ، الذى يؤدى اليها الاخذ بهــذا التصور ، كان لابد من الالتجاء الى المفهوم المادى للالتزام ، والاستعانة بفلسفتـه للتسليم بجواز انتقاله ، باعتباره قيمة كل القيم الاقتصادية ، يشكل عنصرا من عناصـر الذمة المالية ، وجزءا من رأس المال ، يكون في مقدور صاحبه ان يتصرف فيه كأى مـال آخر ، وصار من الممكن فصله عن شخصية اطرافه ، ـ الدائن والمدين ـ بحيـث أصبحت ترد عليه سائر التصرفات التي ترد على الحق العيني (3) ، كالبيع والهبة والرهن والتملك • اذ أن الفقرة الاولى من المادة 260 من التقنين المدني الجزائـرى التي تقابلها وتطابقها الفقرة الاولى من المادة 325 من التقنين المصرى، وتقابلها المادة 1238 من التقنين المدني الفرنسي ، تتكلم صراحة عن تملك الديـون

•••/•••

---

(1) حيث ترتب على الشكلية في عصر القانون القديم ، ان الارادة لا تكفي بذاتها لانشاء التصرف القانوني بل لابد من صدور التعبير عنها بالطريقة التي حددها القانون وأهمها التلفظ بالفاظ مقررة ، والقيام بطقوس معينة ، فالارادة لم تكن عاجزة فقط عن انشاء التصرف ، بل انها ايضا لا تستطيع تحديد شروطه وأثاره ، وقد كانت هذه الشكلية تستمد قوتها الالزامية من أصلها الديني لانها كانت تهدف الى اظهار ارادة الالهـة •

(2) راجع على الخصوص لاب (CHARLE LAPP) في رسالته " حوالة العقد الملزم للجانبين " ستراسبورغ 1950 ص 37 •

(3) راجع الاخوة مازو ـ د روس في القانون المدني الجزء 2 ص 1010 ، مازتي وربنو القانون المدني الجزء 2 ص 806 ، لاب المرجع السابق ص 37 •

٩١٠٥٢٥٢

حيث تقول انه " يشترط لصحة الوفاء ان يكون الموفى مالكا للشيء الذى وفي به ... "[1] ويتبين لنا هذا التقارب بين الحق العيني والحق الشخصي (الدين) على الخصوص عندما ندرك أن الدين يمكن أن يكون محلا لحق عيني كحق الانتفاع ، ذلك أن صاحب حق الانتفاع يستطيع بخلاف صاحب حق الاستعمال أو السكنى ، ان يحول حقه الى شخص آخر يصبح منتفعا جديدا مكانه[2] .

صحيح أن الالتزام بالقيام بعمل يتطلب تدخل المدين تدخلا شخصيا الشيء الذى يثير اشكالا ، هذا الاشكال يحل باجبار المدين على دفع مبلغ من النقود في حالة عدم تنفيذه لالتزامه ، فأصبح الشيء المهم في الالتزام في وقتنا الراهن ليس الشخص الذى انشأه ، وانما القيمة الاقتصادية التي يمثلها ، فالدائن أصبح لا يهمه الا الحصول على منافع وثمار دينه بتنفيذ المدين لالتزامه ، وفي حالة عدم التنفيذ الحصول على التعويض ، اما الشيء الاساسي بالنسبة الى المدين فهو وجود التكليف او الالتزام الذى عليه ، وبعدئذ لا يهمه من يستفيد به[3] .

وبالرغم من كل هذا فانه لا يمكننا اغفال الجانب الشخصي للالتزام بالمرة فحتى انصار النظرية المادية للالتزام لا يتجاهلون الدور الخطير الذى يلعبه اطراف العلاقة القانونية في بعض الاحيان ويسلمون بأن هناك بعض الالتزامات التي يكون لشخصية الدائن أو المدين أثر كبير في تكوينها وهي الالتزامات التي تقوم على الاعتبارات الشخصية المحضة ، حيث يظهر فيها الجانب الشخصي للالتزام بشكل واضح ، بحيث يصبح محل الحق يستمد قيمته المالية من شخصية الدائن او المدين مثل التزام مغن باحياء أمسية ، والتزام لاعب كرة قدم مشهور باللعب لصالح فريق

.../...

---

(1) نص المادة 1238 من التقنين المدني الفرنسي :

(Pour payer valablement, il faut être proprietaire de la chose donnee, et capable de l'aliener.)

(2) راجع الاستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص8 ، وكذلك جابرييل مارتي وبيير رينو في المرجع السابق ص806 .

(3) انظر لاب في المرجع السابق ص38 .

معين ، والتزام مهندس مشهور بوضع تصميم لعمارة ، والتزام طبيب مختص باجراء عملية جراحية ، والتزام محام ضليع بأن يترافع لفائدة موكله ، فالتزامات كل هؤلاء الاشخاص كان لشخصيتهم فيها اعتبار خاص لدى المتعاقد معهم وبالتالي فلا يجوز لهم حوالة التزاماتهم .

وتمشيا مع هذه النظرة الموضوعية للالتزام ، التي فرضتها الظروف الجديدة فان ما ذهبت التشريعات الحديثة من اجازة انتقال الالتزام ، يدل فعلا على النظرة المتبصرة المعطيات المادية والنفسية للواقع الاجتماعي المعاش ، الذى يلقي بكل ثقله ليدفع بعجلة التغيير الى الامام ، ويساير المنطق القانوني ، الذى يفترض أن كل القواعد القانونية تنبت في البيئة الاجتماعية ، لتتولى فيما بعد تنظيم علاقات الافراد فيها .

والمشرع الجزائرى ، كأمثاله من المشرعين في مصر وفرنسا ولبنان رغم اعتناقه مثلهم كقاعدة عامة فلسفة النظرة الذاتية للالتزام السائدة ، في معظم قوانين البلدان الغربية ، والبلدان المتأثرة بها ، قد تأثر بالمذهب المادى واخذ منه ، بما يقتضيه التطور الاقتصادى ، وما يمليه نمو التجارة من حلول عملية للمشاكل القانونية التي اصبح يطرحها الواقع الجديد ، وذلك بتوفير الاطار القانوني الملائم والوسائل القادرة على تلبية متطلبات عامل السرعة الذى أصبحت تتطلبه المعاملات المالية ومختلف الانشطة الاقتصادية ، وذلك في اطار النظرة المادية السائدة للالتزام ، التي طغت عليها الصبغة الاقتصادية المحضة ، وبهذا تكون القوانين الوضعية الحديثة قد خطت خطوة أخرى الى الامام على طريق القضاء على القيم البالية التي تعرقل تطورها وازدهارها ، وذلك بتوصلها الى تصور مصير آخر للالتزام غير انقضائه ، حيث أصبح من الممكن استثماره ، بالتصرف فيه ، بحوالته من ذمة الى ذمة أخرى دون أن ينقضي ، ولتنشيط الحياة التجارية وتسهيل تداول الاموال والثروات بين الاشخاص كان من المنطقي تشجيع فكرة انتقال الالتزام رسميا ، بالنص عليها صراحة في صلب تقنينات القوانين الوضعية الحديثة .

.../...

وقـد سجـل المشـرع الجزائرى ، هذا النجاح الذى حققه الفكـر القانوني كغيره من المشرعيـن في فرنسـا ، ومصـر ، ولبنـان ، حيـث أجاز فكرة انتقـال الالتزام ، ونظمهـا في البـاب الرابـع من الكتـاب الثانـي ، من التقنين المدنـي الجزائرى ، المتعلق بالنظرية العامة للالتزام ، والعقود أخذا في ذلك بالحلـول العمليـة التي جـاءت بهـا النظريـة المادية للالتزام ، والـتي كانت ثـورة عارمـة علـى المفاهـيم التقليديـة ، أخـرجـت فكـرة الالـتزام عن أصلهـا الشخصـي ، الذى كان يشكل عائقـا قويـا في وجـه حركـة تـداول الامـوال والثـروات ، ويؤدى الـى شـل نشـاط الافـراد .

المبحث الثاني

مفهوم انتقال الالتزام

لقد كانت هناك صعوبة بسيكولوجية ، لتصور فكرة انتقال الالتزام واستحالة عملية للأخذ بها ، في ظل المفهوم الشخصي الذى يرى ان الالتزام عبارة عن رابطة شخصية بين شخصين أو أكثر ، يكون فيها جسم المدين عنصرا من عناصر الالتزام ، فلا يمكن فصله عن عاقديه ، ويستحيل على أى منهما أن يخرج من هذه الرابطة دون أن تنحل نهائيا ، لتنشأ مكانها رابطة قانونية جديدة تماما .

وبعد أن أصبح ينظر الى الالتزام على أساس قيمته الاقتصادية ، التي تمثل عنصرا ماليا في ذمة صاحبه ، أمكن فصله عن شخصيته والتصرف فيه بالتنازل مثلا اذ لا يمكن التسليم بانتقاله بعقد خاص الا اذا افترضنا مسبقا أن العلاقة الالزامية هي عبارة عن قيمة مالية ، وليست مجرد رابطة قانونية ، لان امكانية نقل الحقوق العينية تجد تبريرها في أنها تنصب على الأشياء المنفصلة عن شخصية صاحبها (1) وهي بهذا تختلف عن الحقوق الشخصية في ظل المفهوم الشخصي غير أن هذا الاختلاف ، يفقد أهميته في ظل المفهوم المادى للالتزام ، الذى خلق تقاربا كبيرا بين الحق العيني والحق الشخصي الذى أصبح هو الاخر عبارة عن قيمة اقتصادية يمكن فصله عن صاحبه .

واذا كانت الثورة الفكرية ، التي حدثت في الميدان القانوني ، وأدت الى قلب بعض المفاهيم العتيقة ، قد جعلت فكرة انتقال الالتزام ، شيئا مستساغا ، فانه أصبح من الضرورى العكوف على تحديد المعنى الفني الذى يؤديه مصطلح " انتقال الالتزام " " (TRANSMITION DES OBLIGATIONS) "

.../...

(1) راجع في هذا شفيق شحاته حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص6 ، وصبحي المحمصاني انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص7 ، وزهدى يكن شرح قانون الموجبات والعقود الجزء 6 ص11 وكذلك كاربونييه (CARBONNIER) القانون المدني الجزء 4 ص455 ، وبلانيول وريبير (PLANIOL ET RIPERT) شرح القانون المدني الفرنسي الجزء 7 ص482 ، وكولان وكابيتان (COLIN ET CAPITANT) شرح القانون المدني الجزء 2 ص464 .

بدقة ووضوح ، ازالة للغموض الذي قد يكتنفه ، ودفعا لكل التباس ، أو أي خلط قد يثار بينه وبين الانظمة القانونية الاخرى التي تشتبه به كثيرا ، بالرغم من الفروق الموضوعية الهامة الموجودة بينهما ، على الصعيد النظري وفي المجال العملي .

وأعتقد أنه لكي نحدد بدقة مفهوم انتقال الالتزام ، يجب الا يغيب عن تفكيرنا المجال الرسمي ، الذى عنى المشرع برسم معالمه ، عن طريق التحديدات التحكمية التي تناقض حتى المبدأ الذى أدى الى قبول فكرة انتقال الالتزام في القوانين الحديثة وتسقط من حسابها الظروف الملحة التي أملت وجود هذا النظام القانوني .

تعريف انتقال الالتزام

يذهب الفقه في تعريفه للعملية القانونية ، المعبر عنها بمصطلح " انتقال الالتزام " الى القول " بأنه يقصد بانتقال الالتزام ، تحويله من ذمة الدائن الى شخص آخر يحل محله في نفس الحق ، أو من ذمة المدين الى شخص غيره يصير ملزما بالدين بدلا منه مع بقاء الالتزام ذاته بجميع صفاته ومميزاته وتوابعه (1) .

ويلاحظ أن هذا التعريف ، لم يعمل على أكثر من تبيان شقي هذا النظام القانوني ، كما اورده المشرع ، بحيث انه يتضح من تصفح أى تقنين ، أن انتقال الالتزام قد يكون انتقالا ايجابيا بين الدائنين (حوالة الحق) ، وقد يكون انتقالا سلبيا بين المدينين (حوالة الدين) مع بقاء الالتزام ذاته في كلتا الحالتين (2) .

.../...

(1) راجع في هذا التعريف وما يطابقه ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 3 ص 413 ، وسليمان مرقس ، شرح القانون المدني الجزء 2 ص 775 ، واسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام الجزء 2 ص 355 ، وسمير عبد السيد تناغو نظرية الالتزام ص 475 ، ودى باج " (DEPAGE) شرح القانون المدني البلجيكي الجزء 3 ص 315 ، وبلانيول وريبير شرح القانون المدني الفرنسي الجزء 7 ص 481 ، مصطفى الزرقاء المرجع السابق ص 287 .

(2) والملاحظ أن المشرع الفرنسي قد رفض الى يومنا هذا تنظيم أحكام حوالة الدين أى الانتقال السلبي للالتزام ، لانه لا زال يعاني من التأثير الفكرى العميق للقانون الروماني القديم .

فهذا التعريف ــ ان صح نعته كذلك ــ لا يعدو عن كونه نسخا للنصوص التشريعية ، فهو يعرف التحويل " بالتحويل " والانتقال " بالانتقال " فهؤلاء الفقهاء لم يضيفوا جديدا لما قاله المشرع ، ولايريدون تجاوز حدود التعميم الذى وقع فيه ، فيقدمون بذلك دليلا على عدم اعتنائهم بتأصيل هذا النظام القانوني ، وكان يجدر بهم البحث فيما وراء الحدود الحرفية للقواعد التشريعية عن الهدف الذى يرمي المشرع الى تحقيقه من تنظيمه لهذا التصرف ، وهو كما سبق تبيانه ، اباحة تداول الحقوق الشخصية بين الاحياء ، دون اغفال الظروف الاقتصادية التي أملت وجود هذا النظام ، وأرغمت المشرع على تبنيه ، لان عمل الفقيه يتركز اساسا في تمهيد الطريق امام المشرع ، والكشف له عن مواطن الخطأ أو الصواب في جوهر القاعدة القانونية ، وعن نقاط الضعف أو القوة ، والدقة أو الغموض ، في أساليب صياغة هذه القواعد ، وارشاده الى انتقاء الوسائل القانونية الملائمة ، من أجل تحقيق غايات التشريع (1) .

صحيح أن المشرع لم يورد تعريفا لهذا النظام القانوني ، واعتقد انه حسنا فعل ، لان التعاريف ، أمر هو أقرب الى عمل الفقيه منه الى عمل المشرع ، غير أن المصطلح الذى استعمله المشرع للدلالة على فحوى هذا النظام القانوني تنقصه الدقة الفنية ، فمن ناحية أعتقد انه لا يجوز تسمية هذا التصرف القانوني بالالتزام الذى يتولد عنه وخاصة ان الالتزام بنقل الملكية ، أو انتقال الملكية بمجرد العقد وبقوة القانون لا يقتصر على هذا النظام بل يترتب على كل تصرف يكون الهدف منه نقل الملكية ، ورغم ذلك لم يطلق عليها هذا المصطلح .

.../...

---

(1) وتجدر الاشارة ان للصياغة القانونية ، والوسائل المستعملة من طرف المشرع لتحقيق غايات التشريع أهمية بالغة يجب عدم اغفالها ، فسر بقاء القانون الروماني ذا شأن عظيم يكمن في الصناعة القانونية الممتازة ، التي مكنته من التطور عبر التاريخ : فالتعريفات والتقسيمات والتصويرات للمسائل القانونية التي جاء بها اعتبرت منذ القديم بمثابة الابجدية الاساسية لعلم القانون ، رغم التغيرات الكبيرة التي عرفها الانسان في الحياة الاجتماعية والاقتصادية والثقافية ، والتي تختلف عن البيئة الرومانية التي انبتت هذه الادوات القانونية .

ومن ناحية اخرى ،لاجدال في ان التصرف القانوني في هذا النظام يترتب عليه الالتزام بنقل الملكية ،الا انه يلاحظ في هذا الصدد ،أنه اذا كان محل الالتزام هو نقل ملكية منقول معين بالذات ،فان الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه بقـــوة القانون ،منذ حصول الاتفاق بين طرفي العقد . وبما أن الدين ،محل هـــذه العملية القانونية يعتبر ما لا منقولا ميعنا بنوعه ومقداره ،لان طبيعته تأبى تعيينه بذاته ،فان قاعدة المنقول المعين بالذات تسرى في شأنه (1). ويكون الالتزام بنقـــل ملكيته ، منفذا بمجرد العقد ،وبقوة القانون .

ولا يبقى حينئذ لكلامنا عن الالتزام بنقل الملكية اى معنى ،لان هذا التعبير يفيد وجود فترة زمنية بين نشوء الالتزام ،وتنفيذه ،بينما انتقال الملكية ظاهرة قانونية بحتة لاتحتاج بصفة عامة الى تدخل المدين تدخلا ماديا (2). وهذا استنادا الـــى المادة 165 من التقنين المدني الجزائرى ،والتي تقابلها وتطابقها المادة 204 من التقنين المدني المصرى ،التي تنص على أن " الالتزام بنقل ملكية ،او اى حق عينـــي آخر من شأنه ان ينقل بحكم القانون الملكية او الحق العيني ،اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملـــتزم وذلك مع مراعاة الاحكام المتعلقة بالاشهار العقارى (3)".

.../...

(1) راجع في هذا على وجه الخصوص سليطان مرقس ،عقد البيع ،ص268.

(2) انظر عبد الحي حجازى احكام الالتزام ص5 وما بعدها .

(3) لا مقابل لهذه المادة في التشريع اللبناني غير أنه لامانع من تطبيقها ،خاصة أن المشرع اللبناني قد نص على هذا الحكم في المادة 394 من تقنين الموجبات والعقود ،بمناسبة كلامه على آثار عقد البيع ،حيث يقول " ان المشترى يكتسب حتما ملكية المبيع اذا كان عينا معينة عندما يصبح البيع تاما باتفاق المتعاقدين مالم يكن ثمة نص قانوني مخالف ..." اما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 1138 من تقنينه المدني على أن :"

L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.
ELLE rend le créancier propriétaire et met la chose a ses risques dés l'instant ou elle a du être livrée, encore que la tradition n'en ai point été faites, a moins que le debiteur ne soit mis demeure de la livrer, auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier."

ـــ راجع وقارن النصوص القانونية التالية: 792 مدني جـزائرى ،و932 مدني مصرى، و 1583 مدني فـرنســي .

وأظن ان هذه القاعدة القانونية ، تجد ميدان تطبيقها الخصب في مجال تداول الحقوق الشخصية [1] ، اذ انها تطعي لهذا النظام القانوني ديناميكيته ، ومن شأنها أن تحقق ما يقتضيه التعامل في العصر الحديث من يسر وسرعة ، خاصة أن هذا النظام لم يوجد الا استجابة للظروف الاقتصادية الجديدة التي اصبحت تتطلب وسائل قانونية ناجعة ، لسد الفراغ الذى تركه عجز الادوات القانونية التقليدية .

ومن المفارقات الغريبة ، التي عقم بها المشرع خصوبة هذا النظام القانوني أن الشخص الواحد يعتبر مالكا وغير مالك لان الملكية تعتبر منتقلة وغير منتقلة في آن واحد ، فملكية الدين تنتقل فيما بين المتعاقدين بمجرد ابرام العقد وبقوة القانون بينما لا تنتقل في مواجهة الغير الا من وقت اتمام الاجراءات التي استوجبها المشرع لجعل الحوالة نافذة في حق الغير ، وبالتالي يمكننا أن نقول بأن هذا التصرف لا يولد التزامات بنقل الملكية ، لانه لا يلزم المتصرف بالقيام بأى عمل من شأنه نقل الملكية ، وما دام العقد ينقل الملكية بين المتعاقدين ، وحيث يعتبر المتصرف له مالكا للدين .. لحظة انجاز العقد لكنه لا ينقل الملكية ، لان المتصرف له لا يعتبر مالكا للدين في مواجهة الغير الا من لحظة استيفائه للاجراءات القانونية ، اما قبل هذا الوقت فلا يمكنه أن يحتج بحقه عليهم ولهم أن يحجزا على هذا الحق باعتباره ملكا لمدينهم ، كما يزاحمون المحال له في استيفاء ديونهم منه ، في حالة اعسار مدينهم أو افلاسه .

.../....

(1) يقول الاستاذ شفيق شحاتة في مرجعه السابق ص7 ، أن "... الحق لا ينتقل لانه لا يمكن أن يرد عليه حق آخر ، ولا يمكن اعتباره من الناحية المنطقية شيئا من الاشياء ... غير اني لا اشاطر الاستاذ شفيق شحاتة فيما ذهب اليه وذلك لان الاشياء هي محل الحقوق المالية ، والمال هو الحق المالي ، عينيا كان هذا الحق أو شخصيا ، أو معنويا ، فالتصرف لا يرد على الاشياء في ذاتها بل على الحقوق المالية ، سواء كانت مترتبة على اشياء مادية او لم تكن كذلك ، اذ أن المتصرف في الواقع ينقل للمتصرف له حقه على الشيء لا الشيء ذاته .

وأعتقد أن هذا الوضع الشاذ الذى اصطنعه المشرع ،قد كان نتيجة لطغيان نزعة التقليد المضر ، والنقل غير المتبصر ،على روح التجديد والاصالة في وضع القوانين ، التي يجب ان تكون مرآة تعكس المناخ الاقتصادى ،والثقافي ،للبيئة الاجتماعية التي نبتت فيها هذه القوانين ،والتي ستتولى تنظيم علاقات الافراد فيما فيما بعد •

وبالاضافة الى ما سبق ذكره فانه يلاحظ ،أن استعمال مصطلح انتقال الالتزام في هذا المقام قد اتسم بالعمومية والغموض ،بدلا من الدقة والتحديد ـ رغم أن علم القانون يعتمد كثيرا على الاستعمال الجيد والدقيق لمصطلحاته ـ الشيء الذى أدى الى خلق نوع من الالتباس ،في تحديد النطاق الرسمي الذى أراده المشرع لهذا النظام ،حيث ان تعبير الالتزام ،يوحي لاول وهلة بأن قواعده تحكم جميع حالات انتقال الالتزام سواء كان هذا الانتقال نتيجة لتصرف قانوني ،اتجهت فيه الارادة العاقلة الى احداث هذا الاثر ،او بناء على واقعة مادية ،رتب عليها القانون هذا الاثر • والواقع ان القواعد القانونية ،التي نظم بها المشرع انتقال الالتزام ، لاتجد مجالا لتطبيقها الا في انتقاله نتيجة لتصرف قانوني بين الاحياء وبالضبط تنظيم انتقال الحقوق الشخصية فقط ، فيخرج من نطاق التصرف القانوني الذى يؤدى الى انتقال الحقوق العينية التي نظمت بقواعد خاصة ، ويخرج من حكمه كذلك انتقال الالتزام الذى يرتبه القانون على واقعة الوفاة حيث تنظمه قواعد نظام الميراث •

ويلاحظ ،أنه يترتب على انتقال الالتزام في كلتا الحالتين ،سواء نتيجة لتصرف قانوني ـ بين الاحياء ـ أو نتيجة لواقعة مادية رتب عليها القانون هذا الأثر ـ بسبب الوفاة ـ حالة قانونية او مركز قانوني معين هو الاستخلاف • والخلافة قد تكون خلافة عامة ،أو خلافة خاصة (1) •

فالخلافة العامة ،هي التي يخلف فيها الخلف العام سلفه في ذمته المالية كلها ،أو في حصة منها باعتبارها مجموعة أموال ،كالوارث الذى يخلف المورث في تركته

.../...

(1) وأحيل في هذا الموضوع لمن يريد التوسع فيه الى الكتب الفقهية في النظرية العامة للالتزام •

والموصى له بنصيب غير معين في التركة أما الخلافة الخاصة فهي التي يتلقى فيها الخلف الخاص ملكية مال معين بالذات — سواء كان حقا ماليا عينيا أو شخصيا — من السلف فالمشترى مثلا يعد خلفا خاصا للبائع في المبيع ، وكذلك المحال له يعد خلفا خاصا للمحيل في الحق المحال به ، وبالتالي يمكنني القول بأن التشريعات الحديثة اباحت " الاستخلاف " بين الاحياء في الحق الواحد ، كما يحدث تماما عند وفاة الشخص بالنسبة الى مجموع حقوقه ، فهذا النظام القانوني ، يفترض أن شخصا يستخلف شخصا آخر (1) في الالتزام ذاته ، كما كان في ذمة السلف ، وذلك تطبيقا للقاعدة القائلة ، بأن الشخص لا يستطيع أن ينقل الى غيره من الحقوق أكثر مما يملك ، وعليه فان الالتزام ينتقل الى المحال له بالحالة التي كان عليها في ذمة المحيل ، فيكون للمدين المحال عليه أن يتمسك بكافة الدفوع التي كانت له في مواجهة الدائن الاصلي ، كما يكون للمحال له أن يستفيد من كل الضمانات والتوابع ، التي كانت تكفل الحق وتحميه ، اخذا (2) بمبدأ الفرع يتبع الاصل ، اذن فالالتزام ينتقل الى الخلف الخاص عن طريق حوالة الدين كما ينتقل الحق الى الخلف الخاص عن طريق حوالة الحق ، وقد أصبح القانون كافيا لانجاز هذا الانتقال •

وتجدر الاشارة الى أن العقد الذى يتم بواسطته انجاز هذه العملية القانونية التي تؤدى الى استخلاف شخص مكان شخص آخر في نفس الالتزام هو عقد تبعي لا يقوم الا بالتبعية لغيره ، فانتقال الالتزام يفترض مسبقا وجود هذا الالتزام المراد نقله فلا محل للكلام عن انتقال الالتزام الا بوجود الالتزام الاصلي فهو تابع لهذا الدين (3) وجودا وعدما •

.../...

(1) راجع شفيق شحاتة في مرجعه السابق ص7 •

(2) راجع بلانيول وريبير شرح القانون المدني الفرنسي الجزء 7 ص 481 ، ردهاج شرح القانون المدني البلجيكي الجزء 3 ص316 ، واسماعيل غانم المرجع السابق ص355 وعبد الرزاق احمد السنهورى المرجع السابق ص413 ، وسليمان مرقس المرجع السابق ص775 ، ومصطفى الزرقاء المرجع السابق ص237 ، سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص475 ، وشفيق شحاتة المرجع السابق ص8 •

(3) راجع احمد ابو الفتح المعاملات في الشريعة الاسلامية ، ص549 •

وبعد كل هذه الملاحظات ، يمكنني أن اقترح تعريفا للاستخلاف في الحقوق الشخصية ، محاولا ان يكون هذا التعريف جامعا للعناصر اللازمة للتعبير عن المعنى الفني لهذا النظام القانوني وفحوى وظيفته ، بحيث يسمح لنا بأن نتبين بكل وضوح نطاقه ، حسب ما هو محدد في القوانين الوضعية .

فأقول انه يقصد بالاستخلاف بين الاحياء الاتفاق الذى يلتزم بمقتضاه شخص بأن يستخلف شخصا آخر في حق شخصي معين او في دين عليه (1) .

ويتبين لنا من هذا التعريف ان الاستخلاف في هذا النظام القانوني يتم بموجب عقد بين الدائن الاصلي ومن سيخلفه في حق شخصي معين ، وهذا يؤدى بنا الى القول ، بأن الاستخلاف في هذا النظام هو استخلاف خاص في حق معين ، تمييزا له عن الاستخلاف العام الذى يكون في مجموع حقوق الشخص ، أو في جزء منها غير معين .

واذا كان الدائن الاصلي يستخلف شخصا آخر في حقه الشخصي ، فانه لا يستطيع أن ينقل له من الحقوق أكثر مما يملك ، وان نقل هذا الحق الشخصي يستتبع بالضرورة أن تنتقل معه ملحقاته وضماناته ، وذلك أن الفرع يتبع الاصل وما هذا الا تطبيق للقواعد العامة التي فرضها المنطق القانوني .

ويستخلص كذلك من هذا التعريف أن العقد الذى يتم بموجبه الاستخلاف في حق شخصي معين لا ينقل الحق مباشرة وانما يرتب التزاما بنقل الملكية ذلك أن المشرع قد أراد تأخير انتقال الملكية في مواجهة الغير الى حين استيفاء الاجراءات القانونية اللازمة ، والهدف الذى قصده المشرع من تأخير انتقال الملكية ، هو حماية هذا الغير من التصرفات المضرة غير العلنية التي قد يجريها المحيل على نفس الحق ، ذلك ان الالتزام " منقول معنوى " لا يمكن ان نطبق عليه قاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية " .

.../...

(1) راجع الاستاذ زهدي يكن شرح قانون الواجبات والعقود الجزء 6 ص 11 ، الذى يذهب الى القول بأن انتقال الالتزام عبارة عن (عمل قانوني) والملاحظ ان هذا غير صحيح ، لان العمل القانوني اما ان يكون صادرا عن جانبين او عن جانب واحد كالوصية التي لا تنقل الحق الا بعد وفاة الموصى وهذا خارج عن دائرة اعمال قواعد انتقال الالتزام والاصح ان نقول بأنه اتفاق وليس عملا قانونيا .

المبحث الثالث

محل انتقال الالتزام

أريد بتحديد محل انتقال الالتزام[1] أن أبين طائفة الحقوق التي تدخل في نطاق هذا النظام ، وتكون محلا لتطبيق قواعده ، أى الحقوق التي تصلح أن تكون موضوع هذه العملية القانونية ، ولارفع اللبس الذى قد يوحي به مفهوم هذا النظام بسبب ازدواجية محله ، وما قد يؤدى اليه من خلط بين مجاله الواقعي ومجاله الرسمي ، رأيت أنه لابد من التمييز بين هذين المجالين .

فالمحل الفعلي ، أو الواقعي هو ما كان من المفروض ان يشتمل عليه هذا النظام فتماشيا مع منطق الاشياء ، كان يجب ان يمتد سلطان قواعده لحكم الاستخلاف بين الاحياء في جميع الحقوق دون تمييز بينها لا من حيث طبيعتها ولا من حيث وعاؤها ولا من حيث مصدرها فيكون بذلك موضوعا واسعا ومتكاملا ، يشكل بالفعل ، أحد أهم وأخصب الانظمة القانونية المعاصرة خاصة أن هذا النظام القانوني لم يكن الا تكريسا للظروف الاقتصادية ، والاجتماعية الجديدة التي أملت وجوده من أجل تحقيق غايات قانونية وعملية فهذه النشأة ، والغاية التي وجد من أجل تحقيقها ، كافيتان لحملنا على هذا التصور المنطقي ، خاصة وان القوانين الوضعية الحديثة في مختلف اتجاهاتها لم تجز الاستخلاف في الالتزام بين الاحياء الا باعتباره قيمة اقتصادية وعنصرا ماليا في ذمة صاحبه ، الشيء الذى اوجد تقاربا كبيرا بين الحق الشخصي والحق العيني.

---

(1) وتجدر الاشارة هنا الى ان الفقه يميز بين محل التزام ومحل العقد ، فمحل الالتزام هو الاداء الذى على المدين ان يقوم به لصالح الدائن ، وهو اما اعطاء الشيء او عامل ايجابي او امتناع عن عمل . ومحل العقد هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء التصرف ، واذا كان إثر العقد هو انشاء الالتزامات فان هذه الالتزامات ترمي في مجموعها الى تحقيق هذه العملية القانونية المقصودة من العقد (واحيل على النظرية العامة للالتزام فيما يتعلق بالشروط المحل).

أما المحل الرسمي لهذا النظام القانوني ، فهو الذى يمكن تحديده بالاسترشاد بما أورده المشرع في صلب التقنينات المدنية ، وهو مجال ضيق للغاية اذ أنه لا يكفي أن يكون هناك استخلاف في الحق او في الدين ، لاعمال قواعد هذا النظام ، بل يجب ان يكون الاستخلاف قد تم بين الاحياء (1) . وان يكون محل هذا الاستخلاف حقا شخصيا (2) ، بل أنه لا يكفي أن يكون حقا شخصيا فقط ، بل يجب أن يكون حقا شخصيا مدنيا (3) ، أى أن قواعد هذا النظام لا يمكن أن تدب فيها الحياة الا اذا كنا أمام الاستخلاف في حق لا يوجد نص خاص يحكمه .

والاصل في الاستخلاف انه يرد على كل الحقوق الشخصية ، أيا كان محلها وان كان الغالب فيها ان ترد على حق شخصي محله استيفاء مبلغ من النقود . وليس هناك أى مانع من وروده على حق شخصي يكون محله عملا كحق الموعود له بالبيع في ابرام عقد البيع ، أو يكون محله امتناعا عن عمل كحق مشتري المتجر في عدم منافسة البائع له (4) ، وقد يرد على حق محله اعطاء شيء معين كتسليم الوديعة او المبيع فالشرط الاساسي هو أن يكون الاستخلاف قد ورد على حق شخصي لا على حق عيني ولا يهم بعد ذلك أن يكون هذا الحق الشخصي معلقا على شرط او مضافا الى أجل ولا يهم أن يكون حقا موجودا أو مستقبلا ، ويجوز كذلك ان يكون حقا شخصيا متنازعا فيه .

.../...

---

(1) وكما سبق أن اشرت الى ذلك في صلب الموضوع ، أن الاستخلاف بسبب الوفاة لا يدخل في دائرة حكم قواعد انتقال الالتزام المنصوص عليها في التشريعات المدنية ، وانما تحكمه قواعد نظام الميراث ، (وفي المبحث التالي سنبسط القول في هذا الموضوع) .

(2) وتنقسم الحقوق المالية الى حقوق شخصية (دائنية) ، وحقوق عينية ، وحقوق ذهنية (الجانب المالي فيها) ولهذا قلت يجب أن يكون الحق شخصيا ذلك ان انتقال الحقوق العينية يخضع الى احكام خاصة تجب مراعاتها ، حيث يشترط لانتقالها سواء فيما بين المتعاقدين او في مواجهة الغير ، شهرها (راجع المواد التالية 793 مدني جزائرى والمادة 934 مدني مصرى ، 393 موجبات وعقود لبناني اما الحقوق الذهنية فانه لا يجوز انتقالها الا بعقد كتابي (المادة 36 من الامر 73 ـ 14 المؤرخ في 3 ابريل 1973 والمتعلق بحق المؤلف)

(3) ذلك ان المشرع قد نظم تداول الحقوق التجارية الثابتة في السندات القابلة للتداول بطرق بسيطة وفعالة حيث يتم الاستخلاف في هذه الحقوق بالمناولة او بالتظهير .

(4) راجع مصطفى احمد الزرقاء شرح القانون المدني السوري الجزء 2 ص 293 ، وزهدى يكن شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني الجزء 6 ص 7 .

غير أن المشرع قد اورد على هذا المبدأ العام ثلاثة استثناءات استبعد فيها انتقال الحق الشخصي نهائيا وذلك عندما يكون هناك اتفاق بين الدائن والمدين على عدم جواز انتقال الالتزام حقا كان او دينا ، أو عندما تكون طبيعة الالتزام تأبى انتقاله وكذلك في حالة ما اذا كان هناك نص في القانون يمنع صراحة انتقال الالتزام ، ففي كل هذه الحالات لا يكون الحق الشخصي موضوعا للانتقال فيخرج بذلك عن دائرة تطبيق قواعد هذا النظام .

وأعتقد ان هذه الاستثناءات التي أوردها المشرع في باب انتقال الالتزام كقيد على الاستخلاف الخاص في الحقوق الشخصية ، لا يعدو ان يكون تزيدا لا فائدة منه ، لأنه ترديد لما قررته القواعد العامة ، وكان في الامكان تطبيقه دون النص عليه .

والخلاصة التي يمكنني اثباتها في هذا المقام ، هي ان ضيق المجال الرسمي لهذا النظام القانوني عن مجاله الواقعي ، لم يكن الا نتيجة للتحديدات التحكمية التي لا يبررها اى منطق ، والتي ادت الى افراغ هذا النظام من محتواه ، وبتره عن الاوضاع الجديدة التي أملت وجوده ولا يمكنني تفسير هذا العمل المنسجم في مظهره والمتناقض في جوهره ، الا بالتسليم بأن رجال القانون لا يزالون واقعين تحت تأثير الفكر القانوني الروماني القائم على الفكرة الذاتية للالتزام كرابطة شخصية بين الدائن والمدين ، وفكرة التمييز بين الحقوق ، مع أن هذا التمييز ، حتى لو كان صحيحا لم يبق أى مبرر عملي لوجوده في عصرنا ، خاصة بعد ظهور النظرية المادية للالتزام التي تعتبر بحق مرآة التطورات المادية الهائلة التي غيرت وجه مجتمعاتها وطرحت معطيات مادية وأدبية جديدة لم تستطع أن تنتشل الفكر القانوني من دهاليز الماضي .

وأعتقد أن القوانين الحديثة التي اجازت فكرة انتقال الالتزام بين الاحياء ، لم تفعل ذلك الا كاستثناء اوردته بنصوص قانونية صريحة على المفهوم الشخصي للالتزام وليس كما قد يخيل الينا انها سلمت بانتقاله على اساس النظرة المعاصرة للالتزام التي ترى بأنه عبارة عن قيمة اقتصادية مقومة بالمال ، يمكن التصرف فيها ككل الحقوق المالية فتتساوى بذلك مع الحقوق المالية الاخرى ، الشيء الذى يؤدى في النهاية الى توحيد القواعد القانونية التي تحكم الاستخلاف في الحقوق

.../...

بين الاحياء ، دون اجراء هذا التمييز المصطنع بينهما ، أي أن انتقال الالتزام الذى عرفته القوانين الجديدة ، يجد أساسه وتبريره في النصوص القانونية ، وليس في النظرة المادية له .

المبحث الرابع

سبب انتقال الالتزام

تحاشيا لكل التباس، أو أى خلط قد يثار ويؤدى الى سوء فهم لنقصدى، أبادر بالتنبيه الى المقصود بكلمة السبب في معرض هذا البحث، ليس السبب المعروف بمعناه الفني في الفقه القانوني، والذى قد يكون ركنا في العقد أو في الالتزام (1) وانما المقصود بمصطلح السبب في هذا المقام، هو السبب المنشيء للحق الشخصي، وهو مصدر الالتزام .

ومصادر الالتزام، من عقد، وعمل غير مشروع (الفعل الضار)، واثراء بلا سبب (الفعل النافع) (2)، وارادة منفردة في بعض الحالات الاستثنائية التي نص عليها المشرع، وقانون، يمكننا ارجاعها جميعا الى مصدر اصلي واحد، هو الواقعة القانونية وهي أمر يحدث، فيرتب عليه القانون اثرا، يكون من شأنه أن يعدل الوضع

.../...

(1) لقد كانت نظرية السبب ميدانا لخلافات طويلة بين الفقهاء، فمنهم من أنكر وجودها، وقال بعدم افادتها، غير أن هذا الرأى لم يجد أى صدى . ومن الفقهاء من قال بفائدة هذه النظرية ودافع عنها، وهناك نظريتان في السبب، فالنظرية التقليدية، وهي التي ترى أن السبب القصدى كما سمته هو الغرض المباشر من الالتزام الذى يقصد المتعاقد الوصول اليه، وهو ركن في الالتزام، اما النظرية الحديثة، فانها لا تقف عند السبب المباشر او القريب، ولكنها تنظر الى السبب غير المباشر او البعيد وهو ما يسمى بالباعث الدافع وهو ركن في العقد وقد أقام هذه النظرية القضاء الفرنسي مخالفا بذلك حتى التقنين المدني الفرنسي نفسه، مستمدا اصولها من القانون الكنسي وقد ايده فيما بعد بعض الفقه في الاخذ بهذه النظرية، وقد اخذت التقنينات المدنية العربية بهذا الازدواج في السبب (راجع المواد : 136 و 137 مدني مصرى، 97، 98 مدني جزائرى، 194، 195 عقود وموجبات لبناني) . وراجع وقارن التقنين المدني الفرنسي في مواده (1131، 1132، 1133) الذى لا زال محافظا على مفهوم السبب في النظرية التقليدية .

(2) ويلاحظ أن المشرعين الجزائرى والمصرى لم يأخذا بالارادة المنفردة كمصدر عام من مصادر الالتزام، بل لقد اخذا بها كمصدر خاص في حالات استثنائية على سبيل الحصر، كالوعد بجائزة (المواد 115 مدني جزائرى، 162 مدني مصرى) ويذهب الاستاذ عبد الرزاق السنهورى الى أن الارادة المنفردة لا تعد مصدرا للالتزامات في القانون المصرى اذ أن الحالات التي نص فيها القانون على قدرة الارادة المنفردة على انشاء الالتزامات يعتبر القانون نفسه، هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات، ولو أن غالبية الفقه في مصر، لا تجارى الاستاذ السنهورى فيما ذهب اليه (من سمير —

القانوني القائم ،وتكون الواقعة القانونية بهذا المعنى مصدرا لكافة الالتزامات الناشئة ، وهي اما أن تكون واقعة مادية ،أو تصرفاقانونيا .

والواقعة المادية ،سواء كانت من فعل الطبيعة او من فعل الانسان مادية في جوهرها ، سواء تدخلت فيها ارادة الشخص أو لم تتدخل فيرتب عليها القانون اثارها ، بصرف النظر عن ارادة الشخص ان كانت هناك ارادة .

اما التصرف القانوني ،فهو عمل الارادة العاقلة التي تتجه الى احداث اثر قانوني معين ، والتصرف القانوني ،الذى يكون سببا لنشوء الالتزام ،أو انتقاله أو انقضائه ، قد يكون تصرفا قانونيا صادرا عن جانبين ، كالوكالة ، والحوالة والبيع ... الخ ، او تصرفا قانونيا صادرا عن جانب واحد ، أى تصرفا انفراديا ينعقد بارادة واحدة ،كالوصية ،والوعد بجائزة الموجه الى الجمهور .

وانتقال الالتزام ،قد يكون بسبب تصرف قانوني تتجه فيه الارادة العاقلة الى احداث هذا الاثر ، وقد يكون بسبب واقعة مادية يستقل القانون بترتيب هذا الاثر عليها .

ويلاحظ ان الاستخلاف في الالتزام سواء بسبب تصرف قانوني او بسبب واقعة مادية قد تترتب اثاره بين الاحياء او بسبب الوفاة .

.../...

عبد السيد تناغو نظرية الالتزام ص187 وما بعدها) راجع في كل هذا النظرية العامة للالتزام وعلى وجه الخصوص الاستاذ السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 1 ص 1292 .

المطلـــــب الاول

انتقـــال الالـــتزام بسبـب الوفـــاة

يتم الاستخلاف " انتقال الالتزام " في هذه الحالة ،سواء بناء على واقعة مادية ،هي الوفاة حقيقة كانت أو حكما ، يرتب عليها القانون هذا الاثر ،فيرث الخلف السلف في مجموع أمواله ، أو نتيجة لتصرف قانوني حال الحياة ، مضاف الى ما بعد الموت ،أى أن هذا التصرف لا ينتج آثاره ، ولا يكون نافذا الا بعد موت المتصرف وهو ما يعرف بالوصية ، التي تعتبر سببا من أسباب انتقال الحق الشخصي (1) ،وهي قد تكون عامة كالايصاء بسهم شائع في التركة ،كالسدس او الربع ،وقد تكون خاصة كالايصاء بدين معين للموصى في ذمة الغير ، وفي كلتا الحالتين ،تكون الخلافة في أموال السلف مضافة الى ما بعد الموت ، أى بسبب الوفاة ، وهي ما يعرف بالخلافة العامة ، التي يخلف فيها الخلف ، سواء كان وارثا ،او موصى له ،سلفه بدون عوض ،في ذمته المالية كلها أو في عين غير معينة منها .

وكما سبقت الاشارة الى ذلك ،هذا النوع من الخلافة ،لا يخضع في احكامه لقواعد انتقال الالتزام ، الواردة في التقنينات المدنية ،بل يخضع الى قواعد خاصة تسمى قواعد نظام الميراث والوصية (2) ، وهو موضوع يخرج عن نطاق بحثي ،ويدخل في دراسة الاحوال الشخصية ، وهذا ما يجعلني اكتفي بكلمة موجزة وسريعة فيه ، محيلا كل طالب للتوسع الى الكتب الفقهية في الاحوال الشخصية .

.../...

(1) ويلاحظ ان الوصية ،تعد استثناء من الحكم القاضي ببطلان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة ، اذ هي تصرف من الموصى في تركته بارادته المنفردة وقد اجازت القوانين العربية هذا التعامل كاستثناء بموجب أحكام الشريعة الاسلامية .

(2) يلاحظ ان الاخذ بالوصية لا يعد ارثا في الفقه الاسلامي ،فالموصى له يأخذ الحق الموصى به بوصفه موصى له لا بوصفه وارثا ، وذلك خلافا للقانون الروماني الذى أقر الوصية خصوصا لتعيين الوارث وجعلها من وسائل الارث ،وقد انتقل هذا التصور الى القانون الفرنسي الذى يعتبر الوصية نوعا من الميراث .

ولقد كانت فكرة الخلافة العامة " انتقال الالتزام " بسبب الوفاة ، عن طريق نظام الارث والوصية أول خلافة للشخص في ذمته المالية كلها ، أو في حصة منها اجازتها القوانين القديمة ، استجابة منها للحاجة العملية الملحة ، التي كانت تتمثل في خطر فقدان هذا الحق بموت المدين " الشيء " (1) الذى دفع برجال القانون القدماء ، الى تفسير هذا الاستثناء الوارد على شخصية الالتزام بالحيلة القانونية القائلة بأن شخصية الوارث ماهي الا امتداد لشخصية المورث ، وبالتالي فان التركة تنتقل من السلف الى الخلف كمجموع من المال ، بما فيها من عناصر ايجابية وعناصر سلبية ، وبما ان شخصية الوارث تكمل شخصية المورث ، فان الوارث يكون دائما او مدينا عن طريق الميراث ، فكأن الالتزام لم ينتقل الى شخص جديد ، اذ أن الوارث لا يمثل دائنا جديدا او مدينا جديدا ، بل ان الدائن او المدين القديم هو الذى بقى يحيا من خلال شخصية الوارث . (2)

وقد انتقلت هذه النظرة الى أغلب التشريعات الحديثة ، ذات النزعة اللاتينية ولكن نتيجة لاضرار هذا النظام بورثة المدين المعسر ، فقد سمح لهم برفض التركة أو بقبولها ، مع الاحتفاظ بحق التجريد ، أي بفصل أموال التركة عن أموالهم الشخصية ويكون لهم بعد الجرد حق قبول التركة أو رفضها (3) ، فان تبينت لهم ملاءة التركة قبلوها ، وان ظهر لهم عسرها رفضوها وبهذا تكون هذه القوانين قد عالجت جانب الوارث ، لكن المشكل يبقى قائما فيما يتعلق بجانب دائني المورث ، فلو مات

.../...

---

(1) راجع على الخصوص لاب في رسالته حوالة العقد الملزم للجانبين ص 23 .

(2) راجع السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 3 ص 414 ، مصطفى الزرقاء شرح القانون المدني السوري الجزء 2 ص 287 ، زهدى يكن شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني الجزء 6 ص 10 ، و 19 ، وكذلك الاخوة مازو ـ د وض في القانون المدني الجزء 2 ص 1010 ، ودى باج شرح القانون المدني البلجيكي الجزء 3 ص 318 ، وكولان وكابيتان شرح القانون المدني الجزء 2 ص 464 ، وبلانيول وريبير شرح القانون المدني الفرنسي الجزء 7 ص 482 .

(3) راجع في التقنين المدني الفرنسي المواد التالية (724 ، 774 وما بعدهما و 793 ، و 802) .

المورث ، وهو موسر وكان وارثه هو المعسر ، فباختلاط الذمتين يهجم دائنوا الوارث المعسر على أموال تركة مورثه الموسرة ، لا يلولتها اليه بكل حقوقها والتزاماتها ، فيزاحمون دائني المورث الموسر مزاحمة قد لا تترك ما يكفي للوفاء بحقوقهم ، الشيء الذى جعل المشرع يعني بمصلحة هؤلاء الدائنين ـ دائني المورث الموسر ـ ويجيز لهم طلب الفصل بين الذمتين (1) ، كيلا يستطيع دائنو الوارث استيفاء شيء من تركة المورث قبل الوفاء بكل حقوق دائني المورث .

أما في البلدان العربية ، فقد حسم المشرع الموقف ، عندما قضى بأن الشريعة الاسلامية هي التي تطبق في مسائل الميراث والوصية ، ومنها انتقال التركة الى الورثة (2) ، وطبقا لمبادئ الشريعة الاسلامية ، فلا تركة الا بعد سداد الديون ، وهذه القاعدة الفقهية الرشيدة تفصل ما بين شخصية المورث والوارث ، وطبقا لاحكام الشريعة الاسلامية ، فان الوارث لا يستمر فيه شخص مورثه ، ولا يحل محله في التزاماته ، فديون المورث تتعلق بالتركة وتبقى التركة ضامنة لديون المورث بعد موته كما كان ماله ضامنا لها حال حياته ، ولا يرث الوارث الا ما يتبقى بعد سداد الديون ، اذ لا تركة الا بعد سداد الديون ، فاذا كانت التركة مستغرقة بالديون فلا ينتقل الى الورثة اى شيء منها ، كما أن تصرفاتهم لا تكون نافذة في أموال التركة الا برضاء دائني المورث ، وبناء على هذا تكون الولاية في بيع الاموال التي تشتمل عليها التركة للقاضي لا للورثة ، وان لم تف اموال التركة بسداد كل الديون فالباقي منها ينقضي بانقضاء ذمة المدين المتوفى ولا يتحمل الوارث شيئا منها ، لأن الوارث يعتبر وارثا للتركة لا للشخص الميت (3) ولا سيما أن الديون التي تثقل التركة قد تكون ناشئة عن سوء تصرف المورث

.../...

---

(1) راجع في التقنين المدني الفرنسي المادة : 878 .

(2) راجع في التشريعات العربية المواد التالية (774 و 775 مدني جزائري ، و 875 و 915 مدني مصري ، و 228 و 230 ، 231 قانون الملكية العقارية اللبناني ، والملاحظ ان القانون اللبناني لا ينص على تطبيق الشريعة الاسلامية .

(3) راجع مصطفى السباعي وعبد الرحمن الصابوني الاحوال الشخصية والأهلية والوصية والتركات ص 354 ومابعدها .

في أمواله حال حياته ، وليس للوارث ضلع في نشوئها (1) .

واذا كانت الخلافة العامة في الشريعة الاسلامية تقرر مبدأ عدم الاختلاط بين ذمتي الوارث والمورث ، فهي بهذا تختلف عن القانون الروماني والقوانين المشتقة منه ، وتتلافى العيوب التي ظهرت في هذه القوانين ، كما انها تقترب من القانونين الانجليزي والالماني ، واذا كانت التركة مليئة فان فائض الحقوق ، والاموال بعد سداد الديون تؤول الى الورثة عن طريق الخلافة العامة وتوزع عليهم حسب انصبتهم .

غير أنه لا يجب أن يفهم من هذا أن انتقال الالتزام بسبب الوفاة هو انتقال يجري على اطلاقه ، بل هناك بعض القيود ، وقد ترد عليه وتمنع انتقاله ، وهذه القيود قد يفرضها القانون بنصوص صريحة ، وقد توجبها طبيعة الالتزام ذاته ، وقد تمليها مشيئة المتعاقدين وحينئذ يصبح الالتزام غير قابل للانتقال الى الورثة (2) .

.../...

---

(1) تذهب بعض المذاهب الاشتراكية الى عدم مشروعية الارث بناء على منعها للتملك الفردي ، وتبرر ذلك بأن قواعد العدالة تأبى ان يملك الوارث مالا لم يتعب في تحصيله ، وقد يكون المال الموروث مجموعا بطرق ظالمة فليس من العدالة أن يعطى لمن لا يستحقه . (من مصطفى السباعي و عبد الرحمن الصابوني المرجع السابق ص372 .

(2) ذلك أنه اذا كان الالتزام شخصيا ، نشأ بالنظر الى شخص أحد المتعاقدين فلا ينتقل الى الورثة بل ينقضي بموت المورث ، فالورثة يرثون أموال التركة ويرثون من الحقوق ما كان يتعلق بالمال أو ما يدفع الضرر عنهم بتخفيف آلامهم أما ما كان يتعلق بنفس المورث وعقله وشهواته فانه لا ينتقل الى الورثة .

والملاحظ أن التقنينات المدنية في مختلف البلاد العربية لم تتعرض لمسألة انتقال الالتزام بسبب الوفاة ، بل تركت أمر تنظيمه الى قواعد خاصة تعرف بقواعد نظام الارث والوصية ، وتستلهم قواعد هذا النظام من الشريعة الاسلامية (1) . بينما نجد هذا النظام في البلدان الاخرى غير الاسلامية (الاوروبية) يخضع لقواعد وضعية تضمنتها التقنينات المدنية تحت عنوان (LES SUCCESSIONS) .

..../...

(1) اذ أنه يلاحظ في هذا الصدد ان مفهوم القانون المدني في البلاد العربية أضيق نطاقا منه في البلاد الغربية ، حيث ينحصر نطاقه في التشريعات العربية في تنظيم المعاملات المالية ، بينما في البلاد الغربية يشمل تنظيم المعاملات المالية والاحوال الشخصية ، التي تحكمها قواعد الشريعة الاسلامية في البلدان الاسلامية ، واذا كانت احكام نظام الارث والوصية غير مقننة في معظم البلاد العربية كالجزائر مثلا ، فان المشرع المصري قد دون أحكام الميراث والوصية في تقنين عصري فصدر قانون المواريث في سنة 1943 ، وقانون الوصية سنة 1946 ، وهذا عمل جليل حبذا لو يقتدى به كل المشرعين في البلاد العربية ، لان هذا سيساعد بدون شك كل المهتمين في الميدان القانوني من باحثين ، واساتذة ، وقضاة وغيرهم .

المطلـــــب الثانــــي

انتقـــال الالـــتزام بيـــن الاحيـــاء

ان الاستخلاف بين الاحياء ، بالمعنى الذى اسلفناه ، أى انتقال الالـتزام بكل مقوماته ، وخصائصه ، قد يكون بسبب واقعة مادية يرتب عليها القانون ، حلـول شخص محل آخــر في حق من الحقــوق ، أو في دين من الديون ، وقد يكون سبب هذه الخلافة ، تصرفا قانونيـا تتجـه فيه ارادة الشخص الى احداث هذا الاثر القانوني .

وأظهر تطبيق للواقعة المادية التي يرتب عليها القانون انتقال الالـــتزام بصرف النظر عن ارادة الانسان ، هــي حالة الوفاء مـع الحلـول ، حيث تنص المادة 261 من التقنين المدنـي الجزائرى ، التي تقابلها وتطابقها المادة 326 مـــن التقنيـن المدنـــي المصـرى ، على أنه : " اذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حـل الموفي محـل الدائن الذى استوفى حقه في الاحوال الآتيـة :ـ

ـ اذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين ، او ملزما بوفائه عنـه .

ـ اذا كان الموفى دائنا ووفى دائنا آخر مقدما عليه بماله من تأمين عينـــي ولو لم يكن للموفي أى تأميــن .

ـ اذا كان الموفي اشترى عقارا ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهـم .

ـ اذا كان هناك نص خاص يقـرر للموفـي حق الحلـول (1) "

.../...

---

(1) وقد نص المشرع اللبناني على هذه الحالة في المواد 310 ، و311 ، و312 من تقنين الموجبات والعقود ، أما المشرع الفرنسي فقد نص على هذه الحالة في المادة 1251 من تقنينه المدني والملاحـظ ان احوال الحلول القانوني في التقنيـــن المدنـــي الفرنســي ، وتقنيـن الموجبات والعقود اللبناني ، مماثلـة لاحـوال الحلول القانوني في التقنينين الجزائرى والمصـرى ، فيما عدا حالة الـــوارث التي أوردها المشـــرع في كل من لبنان وفرنسا ولم يوردها المشرع في الجزائر ومصر .

ففي كل هذه الحالات يحل الموفي محل الدائن الذى استوفى حقه والحلول هنا ليس ايجابا من الموفي وقبولا من الدائن ، الذى استوفى حقه بل أن الحلول قد تم بقوة القانون الذى رتب على العمل المادى الذى قام به الموفي ، أثرا قانونيا هو حلول الموفي محل الدائن الموفى له (1) .

ومن نافلة القول ، أن هذه الحالة لا تعد انتقالا الالتزام بالمعنى القانوني الذى نحن بصدد دراسته ، وانما هي سبب من أسباب انقضاء الالتزام ، وليس سببا من أسباب انتقاله ، ولو أن الوفاء مع الحلول يعد استثناء من القواعد العامة فهو نظام قانوني مركب ، فهو بالنسبة للدائن وفاء يترتب عليه انقضاء الدين ، وهو بالنسبة للمدين نقل للحق من الدائن الى الموفي فيعتبر حينئذ حوالة حق ، الا أن الجانب الاول هو الذى يطغى ، لان الوفاء يعتبر من أهم اسباب انقضاء الحق ولهذا فهو يخرج عن نطاق موضوع بحثي ويدخل تحت دراسة موضوع انقضاء الالتزام ، وسأكتفي فيه بهذا التنبيه الموجز الذى أتمنى ان أكون قد حددت به الخطوط الفاصلة ونبهت لعدم الخلط بينه ، وبين فكرة انتقال الالتزام التي نحن بصدد دراستها ، والتي تطبق عليها وحدها القواعد القانونية الخاصة بهذا النظام ، والتي والتي أورد المشرع الجزائرى أحكامها في الباب الرابع من الكتاب الثاني من تقنينه المدني الذى يتعلق بالنظرية العامة للالتزامات والعقود وقد يتم انتقال الالتزام " الاستخلاف " بين الاحياء نتيجة لتصرف قانوني تتجه فيه ارادة الشخص الناقلة الى ترتيب هذا الاثر فيحل الخلف محل السلف في نفس الالتزام بمقتضى هذا العمل القانوني الذى يتطلب لانشائه ارادتين متوافقتين ومتطابقتين وقد يتم في صورة بيع ، أو هبة ، أو رهن أو غير ذلك من العقود التي يمكن انجازها بواسطة هذا النظام ، وقد يكون في صورة وفاء بمقابل ، يتم في صورة صريحة عند قيام الغير بالوفاء عن المدين في غير الاحوال الاربع التي سبق ذكرها وهي ما يعرف بالوفاء مع الحلول الاتفاقي (2) وهي كما سبق أن قلت خارجة عن موضوع دراستي .

.../...

---

(1) راجع شفيق شحاتة حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص 11 وخاصة هامشها .

(2) راجع في هذا المواد : 262 مدني جزائرى ، و327 مدني مصرى ، و313 عقود وموجبات لبناني التي تنص على هذه الحالة .

وعملية انتقال الالتزام بالمفهوم الفني الذى أنا بصدد دراسته لن تتحقق الا اذا كان هذا الالتزام - سواء باعتباره حقا أو دينا - قائما في ذمة السلف ينتقل بموجب هذا التصرف الى ذمة الخلف الخاص (1) وهذا التصرف الذى ينقل الالتزام ، أى تتحقق به الخلافة/ الخاصة في الالتزام ، يعتبر من التصرفات القانونية المنشئة للحق فالتصرف المنشيء ، هو الذى ينشيء الحق ابتداء ، أو انتقالا من شخص الى آخر ، اذ في الحالتين يكون للتصرف أثر منشيء بالنسبة الى من كسب الحق ، اذ يكسبه حقا لم يكن له من قبل (2) .

ويشترط في هذا التصرف ما يشترط في أى تصرف قانوني آخر من شروط انعقاد وشروط صحة ، والشروط اللازمة لانعقاد أى تصرف ، هي الارادة والمحل والسبب والشكلية في بعض الحالات ، أما الشروط اللازمة لصحة التصرف لكي يستقر وتترتب عليه آثاره القانونية بصفة نهائية فهي الاهلية وسلامة الارادة من العيوب التي قد تشوبها .

وانتهي الى القول بأن الاتفاق الذى يعتبر سببا للاستخلاف في الالتزام بين الاحياء ، قد يكون حوالة حق ، حين يحل شخص محل شخص آخر في حق من حقوقه الشخصية ، أو يكون حوالة دين ، يحل شخص محل آخر في دين من ديونه ، وهما صورتا انتقال الالتزام بين الاحياء بمعناه الضيق ، وهو محل دراستي التي ستتركز على الصورة الاولى فقط ، وعملية انتقال الالتزام بين

.../...

---

(1) ويجب التمييز في هذا المقام بين الخلف الخاص وهو من يتلقى حقا شخصيا كان في ذمة السلف وبين الدائن وهو من يترتب له حق شخصي في ذمة شخص آخر فالمحال له يعتبر خلفا خاصا للمحيل في حق شخصي والمستأجر دائن للمؤجر وليس خلفا خاصا له .

(2) وتجدر الاشارة الى انه كثيرا ما يطلق الفقه مصطلح التصرف المنشيء على التصرف الذى ينشيء الحق ابتداء ، ويطلق مصطلح التصرف الناقل على التصرف الذى ينقل الحق من شخص الى آخر .

الأحياء ،في الشرائع القديمة كانت تثير صعوبة بسيكولوجية وعملية في تصوره اذ أن فحوى هذا النظام كانت تناقض تماما مفهوم الالتزام ،الذى كان له طابع شخصي محض،حيث كان جسم المدين يعتبر عنصرا من عناصر الالتزام يمكن التنفيذ عليه، فكان لا يعقل انتقال الالتزام دون تفكك الرابطة القانونية التي تربط الشخصين ،كما أنه لا يمكننا في هذه الحالة الاعتماد على الحينة القانونية التي تفترض استمرار شخصية السلف في شخصية الخلف مثل ما عمدنا اليه لتبرير قبول فكرة انتقال الالتزام بسبب الوفاة (1) •

مع العلم بأن هذه الشرائع قد أقرت انتقال الحقوق العينية بسهولة لانها تنصب على الاشياء المنفصلة عن شخصية صاحبها ،اما انتقال الحقوق الشخصية فجعلته غير جائز لان جسم الانسان كان يعتبر احد عناصر الالتزام (2) •

لقد عرفت القوانين القديمة بعض الوسائل البدائية لنقل الالتزام ولو انها كانت وسائل قاصرة لا تؤدى الى النتيجة المتوخاة ،ولم يكن في مقدورها القيام بوظيفة الوسائل الفنية المعروفة حاليا ، لاحلال شخص محل اخر في نفس الالتزام •

واذا كانت القوانين الحديثة قد تبنت فكرة انتقال الالتزام بنصوص صريحة فلم يكن ذلك الا نتيجة تطور طويل ومطرد مر به الفكر القانوني وشاركت في بلورته عوامل مختلفة ، ومتداخلة من اقتصادية واجتماعية وثقافية وسياسية واصبح المبدأ العام هو اجازة الاستخلاف في الالتزام بين الاحياء والاستثناء هو تحريم انتقاله •

ولهذا رأيت أنه من الضروري ، والمفيد بحث هذا النظام القانوني وسبر عمقه التاريخي ،والوقوف عند المراحل الكبرى لتطوره ، ومعرفة الوسائل القانونية التي كانت تقوم مقامه ،ومدى نجاحها ،وهذا بدون شك سيمكننا من فهم بعض القوانين المصرية ومدى أثر القانون الروماني عليها •

.../...

(1) راجع الاستاذ عبد الرزاق احمد السنهورى الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 3 ص416 •

(2) انظر المحمصاني انتقال الالتزام في القانون اللبناني ص6 وكاربونييه (CARBONNIER) القانون المدني الجزء 4 ص455 -

المبحث الخامس

التطور التاريخي لفكرة انتقال الالتزام

المطلب الاول

انتقال الالتزام في القانون الروماني

لقد كان المفهوم الشخصي للالتزام ، كما قلت آنفا ، حائلا قويا أمام قبول فكرة انتقاله ، حيث كان جسم المدين يعد عنصرا من عناصر الالتزام ، فقد كان في امكان الدائن ان يرفع دعوى ليستصدر أمرا بالاستيلاء على المدين ، وهو ما يسمى بوضع اليد "(MANUS INJECTIO")(1) وهو عبارة عن قيد المدين بالاغلال ، ولن يستطيع المدين المحكوم عليه التخلص من ذلك الوضع الا اذا كفله شخص يسمى " (VINDEX " وهو الضامن الذى يتكفل بالدفاع عن المدين واظهار براءته(2) ، وتصبح للدائن سلطة على جسم المدين تخوله الحق في اعدامه "(TRANS TIBERIN") ، والتصرف فيه ببيعه رقا ان لم يسدد ديونه في الاجل المحدد ، فالتهديد بالاعدام كان وسيلة لحمل المدين على الوفاء بديونه بمساعدة عائلته واصدقائه ، والبيع رقا كان يرمي الى الحصول على تعويض مالي يدفع للدائن نتيجة اخلال المدين بتنفيذ تعهداته وهكذا كان ضمان سداد ديون المدين ينصب على جسم المدين ، الذى يمثل ضمانا قويا ، وأكيدا لتنفيذ الالتزام ، هذا من ناحية ، ومن ناحية اخرى فان الاجراءات الشكلية المفرقة (MEXUM STIPULATIO" كانت تعوق حتى نشوء الالتزام الاصلي ، بحيث انه كان لا يمكن ان يكون صاحب حق من لم يشارك في هذه الشكلية ، وتغير احد اطراف العلاقة

.../...

---

(1) وكانت هذه الدعوى تعتبر طريقا من طرق التنفيذ الذى ينصب على شخص المدين المحكوم عليه ، ولقد ظهرت هذه الدعوى في نصوص قوانين " الالواح الاثنى عشر " ومن شكلياتها طبقا لقانون الالواح الاثنى عشر ، ان يقوم المحكوم له بالقبض على المحكوم عليه ويجره الى والي القضاء ، وتكون المرافعة امام والي القضاء شكلية حيث يقوم المدعى باجراء حركة تمثيلية دينية عنيفة اخذا بجزء من جسد المدعى عليه ثم يأتي دور الاقوال الرسمية (طالما انه حكم عليك من القضاء بمبلغ عشرة الاف سيسترس وبما أنك لم تقم بوفائها ، ولهذا السبب افرض عليك اليد باسم الحكم الذى صدر من أجل مبلغ العشرة آلاف سيسترس) راجع للتوسع شفيق الجراح الحقوق الرومانية ومؤسساتها ص 173 وما بعدها .

(2) راجع شفيق شحاتة نظرية الالتزام في القانون الروماني ص 63 .

القانونية كان يتضمن بالضرورة اجراءات جديدة تؤدي بدورها الى انشاء التزام جديد (1) بالاضافة الى ذلك، فانه لم يكن من الممكن الالتجاء الى الحيلة القائلة باستمرار شخصية السلف، في شخصية الخلف الخاص، وهو لا يزال حيا . كما اعتمد عليها في باب الخلافة العامة بسبب الوفاة لتبرير انتقال الالتزام .

كما أن الاوضاع الاقتصادية للمجتمع الروماني، لم تكن تستدعي البحث عن وسائل قانونية لنقل الحقوق الشخصية، حيث كان هذا الاقتصاد الزراعي، قائما على فكرة الاكتفاء الذاتي، اذ كانت كل اسرة وحدة اقتصادية، فهي تنتج تقريبا كل ما يلزمها من مواد وادوات ضرورية لحياتها، لذلك كانت المبادلات قليلة وهذا هو أحد مظاهر الاقتصاد المنزلي المقفل، فالتبادل التجاري يكون محدودا للغاية، وهو في حدود الفائض عن حاجات الاسرة، فاذا كانت المحصولات وفيرة تقوم الاسرة بتبادل هذا الفائض مع أسرة أخرى لم يكن لها هذا الحظ، مقابل أدوات أو منتجات زراعية أخرى (2) .

وهذا ما كان يفسر رفض القانون القديم لفكرة انتقال الالتزام، سواء من ناحيته الايجابية أو من ناحيته السلبية، الا أنه بعد تطور كبير مر به المجتمع الروماني وخاصة في الميدان القانوني، تلطفت اجراءات التنفيذ، فاصبح ينصب على ذمة الشخص لا على جسمه، ففقدت شخصية الملتزم بذلك أهميتها، كما أدت الفتوحات الرومانية الى ظهور اقتصاد جديد يقوم على التبادل التجاري فنشطت الحياة التجارية خاصة مع العالم الخارجي . وأدى هذا الواقع الجديد الى الشعور بالحاجة الى قواعد، ووسائل قانونية قادرة على الاستجابة للضرورات العملية .

وهكذا أدت الحاجة العملية بالفقهاء الى البحث عن حيل جديدة للخلافة الخاصة في الحقوق الشخصية بين الاحياء، كما سبق أن فعلوا أمام الضرورات التي فرضت عليهم قبول الخلافة العامة في حقوق الشخص بسبب وفاته، فاهتدوا الى نظامين قانونيين لنقل الالتزام دون أن يعرفوا لا حوالة الدين ولا حوالة الحق، وهاتان الوسيلتان هما : التجديد، والتوكيل بالقبض والتجديد (NOVAS) او مشارطة تجديد الالتزام " (PACTUM DE PECUNIA CONSTITUTUM)

.../...

---

(1) راجع الاخوة مازو المرجع السابق ص 1011، ودي باج المرجع السابق ص 320 .
(2) راجع شفيق الجراح في المرجع السابق ص 44 وما بعدها .

في القانون الروماني ، يختلف عما هو عليه في القوانين الحديثة بسبب التعديلات العميقة التي نشأت من القواعد التي استحدثها جوستينيان ، فالتجديد في القانون الروماني كان يقتصر على اعطاء الالتزام الجديد شكلا جديدا ، بأفراغه في قالب العقد اللفظي " (STIPULATIO ") بحيث يبقى محل الالتزام الجديد هو نفس محل الالتزام القديم (INDEM DEBITUM) (1)

والصورة الاولى للتجديد كانت تتمثل في الاعتراف بالدين بعد تأجيل الوفاء به ، وكانت لا ترد الا على الديون النقدية ، وكان يترتب عليها دعوى تسمى بدعوى المطالبة ، بالنقود المعترف بها (ACTIO DE PECUNIA CONSTITUTA) اذ تتضمن هذه المعاهدة الواقعية وعدا بدفع غرامة قدرها نصف المبلغ المعترف به " (SPANSIO DIMIDIAE PARTIS") والدعوى الاصلية التي تحمي حق الدائن وهي دعوى المطالبة بنقود معينة" (ACTIO CERTAE CREDITAE PECUNAE ") كانت تتضمن فقط التعهد بدفع ثلث المبلغ المطالب بها المدين على سبيل الغرامة ولكن وظيفة التجديد تطورت في العهد العلمي وأصبحت وسيلة عامة لتقوية رابطة الالتزام تتمثل في صورتين هما : ـ

1 ـ الاقرار بالدين " (CONSTITUTUM DEBITI PROPRII ")

2 ـ التحمل بدين الغير" (CONSTITUTUM DEBITI ALIENI ") غير أن نظام التجديد كان مشوبا بعدة نقائص، من بينها الحصول على رضا المدين ، كما أن هذا النظام كان يؤدي الى انقضاء الالتزام الاصلي بكل ضماناته ومقوماته لينشأ مكانه التزام جديد بمقومات وخصائص جديدة غير المقومات والخصائص التي كانت للالتزام الاصلي ، (3) غير أن الرومان استعانوا بطريقة أخرى ، هي طريقة التوكيل بالقبض " (PROCURATIO IN REMSUAM ") والوكالة كما نعلم من العقود الرضائية المبنية على الصداقة " AMICITIA " حيث تجد أساسها في حسن النية ، وقد ساعد على ظهورها نشوب الحروب بين روما وقرطاجنة ، الشيء الذى أدى الى تغيب كثير من الرومان عن أوطانهم ، واستعانتهم بالوكلاء في ادارة أموالهم

.../...

(1) راجع عبد الحي حجازى في أحكام الالتزام ص 277 وما بعدها .
(2) راجع شفيق شحاتة في نظرية الالتزام في القانون الروماني ص 281 ومابعدها .
(3) راجع السنهورى الوسيط الجزء 3 ص 417 مارتي رينو في المرجع السابق ص 807 زهدى يكن في المرجع السابق ص 9 .

أثناء غيبتهم . وقد كانت الوكالة في صورتها الاولى تعني ولاية التصرف في مال الغير بوجه عام[1] ، وكان مصدرها اما الاذن الصادر عن صاحب المال او واقعة ادارة شؤون الغير على سبيل الفضالة ، بحيث انها تختلط بالفضالة ، وكان للفضولي ولمدير الاعمال نفس الدعوى المسماة "ACTIO NEGOTIORUM GESTORUM"

وفي العصر العلمي ظهرت الوكالة بمعناها الصحيح ، وأصبح الشيء الاساسي فيها هو تعيين المحل ، وقد كان التوكيل بالخصومة أقدم التوكيلات وكان يشترط لصحة الوكالة ان تكون لمصلحة الوكيل[2] ، وقد اعتبر التوكيل الصادر لمصلحة الوكيل وحده ، في القانون الروماني صحيحا في صورتين ، اما الصورة الاولى والتي تهمنا في موضوع هذا البحث ، فهي الوكالة التي تخفي حوالة وهي الوكالة بالقبض المسماة "PROCURATIO IN REM SUAM" حيث يسلط الدائن وكيله على القبض وينزل عن حق مطالبته بما المقبوض اليه ، فيؤدي ذلك الى حوالة الحق ، وهذه حيلة تمكن بها الرومان من بيع الحق بالرغم من عدم جواز حوالة الحق عندهم في الاصل[3].

وقد كان نظام التوكيل بالقبض ، يمتاز عن نظام التجديد ، في أنه لا يقضي على الالتزام الموجود وانما يبقى الالتزام نفسه قائما ، وفي أنه لا يتطلب رضاء المدين بهذا التحويل ، الا أنه من ناحية أخرى كان ينطوي على خطر بالنسبة للوكيل وهو امكانية عزله من طرف الموكل قبل استيفائه للدين كما قد تنتهي الوكالة نتيجة لموت الوكيل او فقدانه لأهليته ، كذلك فان هذا النظام القانوني لا يحمي الوكيل من خطر المتابعات التي يمكن أن يمارسها الموكل ضد المدين لكي يتمكن من استيفاء حقه قبل ان يتمكن الوكيل من ذلك[4] ، أمام هذا أعطي للمحال له فيما بعد ما يسمى بالدعوى المفيدة والتي تسمح له بالتدخل بالرغم من فسخ الوكالة بأي سبب كان هذا الفسخ ، وهي تعتبر وسيلة اتيحت للمحال له ليتجنب بها ان يحصل المحيل السيء النية على الدين من المدين بالرغم من حوالته[5] ، ولهذا فيكفي المحال له اعلان المدين او ادخاله في الحوالة

(1) و(2) راجع شفيق شحاتة في نظرية الالتزام في القانون الروماني ص 163 وما بعدها .
(3) راجع شفيق شحاتة ، نفس المرجع ص 169 والصورة الثانية للتوكيل الذى يكون لصالح الوكيل فقط هي صورة الوكالة باقراض النقود المسماة "MANDATUM PECUNIAE CREDENDAE"
(4) راجع مازو في المرجع السابق ص 1011 .
(5) مازو في المرجع السابق ص 1012 ، زهدي يكن في المرجع السابق ص 9 وصبحي المحمصاني في المرجع السابق ص 13 .

كانت هذه هي الحال في القانون الروماني الذى لم يعرف الحوالة المباشرة للحقوق ولا للديون وعرف، بديلا عنها الوسائل غير المباشرة التي استعان بها لحل المشاكل العملية التي طرحتها التطورات التي عرفها المجتمع الروماني في الميدان الاقتصادى والاجتماعي .

المطلب الثاني

انتقال الالتزام في القوانين الحديثة

لم يقر المشرع الفرنسي في قانونه القديم ، صراحة فكرة الاستخلاف في الالتزام بين الاحياء ،ولم يدخلمة بوسائل قانونية مباشرة ، بل لقد لجأ الى الادوات القانونية التي كانت معروفة لدى الرومان ، واستعان في تحقيق هذه المطية بنظام التوكيل بالقبض الذي عمم فيما بعد ، وتطور حتى أصبح يعد حوالة ضمنية[1] ويعتبر التوكيل بالقبض المصدر التاريخي لحوالة الحق التي عرفها قانون نابليون لسنة 1804 ، ونظم احكامها في المواد 1689 وما يليها من تقنينه المدني ، مجيزا بذلك انتقال الالتزام " الاستخلاف " بين الاحياء ، في وجهته الايجابية بوسيلة مباشرة دون ماحاجة الى رضاء المدين ، الذي يبقى له في المقابل حق التمسك بكل الدفوع التي كانت له في مواجهة الدائن الاصلي .

ولكن المشرع الفرنسي لم يصل في هذه المسيرة التي بدأها الى نهايتها ، فقد رفض تنظيم حوالة الدين ، باعتبار أن الدين تكليف يجب على المدين القيام به ، وبهذا نرى ان المشرع الفرنسي ، عاد الى ربط الالتزام بشخصية المدين بعد أن فصله عن شخصية الدائن وسمح بانتقاله . وقد أيد الفقه في فرنسا هذا الموقف المتذبذب بحجة أن شخصية المدين أكبر خطرا من شخصية الدائن ، فعلى شخصية المدين ، ومقدار يساره ، وحسن استعداده للوفاء بدينه تتوقف قيمة الدين ، كما أن الدائن قد يكون اختار مدينة لشخصيته ، ويرفض استخلافه بدون رضاه بمدين مشكوك في ملاءته أو غير ميسور ، بينما يجيز هؤلاء الفقهاء ، ويتبعهم في ذلك المشرع استخلاف الدائن بشخص

.../...

---

(1) راجع في هذا على وجه الخصوص السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 3 ص 417 . ودي باج شرح القانون المدني البلجيكي الجزء 3 ص 320 .

آخر ، لان ذلك لا يمس بحالة المدين ، ولا بقيمة الدين ، حيث يستمر كما كان في السابق[1] ولكني اعتقد ان هذه التبريرات ، غير مقبولة من اساسها ، ولا تستند الى اى سند منطقي ، بالاضافة الى انها تنطوى على تناقض خطير ، وتسقط من حسابها العوامل التي أدت الى قبول هذا النظام ، ويمكن الرد عليهما من الوجوه التالية :ـ اعتقد ان القوانين الوضعية الحديثة بمختلف اتجاهاتها لم تجز الاستخلاف في الالتزام بين الاحياء ، لا باعتباره قيمة اقتصادية وعنصرا ماليا في ذمة صاحبه ، يمكن فصله عن شخصية صاحبه والتعامل فيه و من غير المنطقي ان نقبل هذه الفكرة بالنسبة للدائن ونرفضها بالنسبة للمدين فنعتبر الحق من ناحية انه يمثل قيمة مالية في ذمة الدائن ، ونبيح له التعامل فيه ومن ناحية اخرى عندما يكون الامر يتعلق بالمدين نعتبر الدين رابطة قانونية تثقل يدى المدين .

ولقد ترتب على المفهوم المادى للالتزام ، أن أصبح الشيء المهم بالنسبة للدائن هو حصوله على قيمة الدين ، بتنفيذ الالتزام طواعية أو جبرا ، والشيء الاساسي بالنسبة للمدين هو وجود دين يشغل ذمته ، ولا يهمه من هو المستفيد من هذا الدين الذى يمثل عنصرا سلبيا في ذمته ، وعنصرا ايجابيا في ذمة المستفيد منه ، خاصة أن كل القوانين الحديثة قد نبذت فكرة التنفيذ على جسم المدين ، حيث أصبحت أموال المدين هي الضامنة لديونه[2]، وليس جسمه كما كان في القديم . ولهذا لم تبق لا لشخصية المدين ، ولا لشخصية الدائن ، أية أهمية ما دام أن الشيء المهم هو القيمة الاقتصادية التي يمثلها الالتزام . .

.../...

---

(1) راجع دى باج المرجع السابق ص 321 ، بلانيول وريبير شرح القانون المدني الفرنسي الجزء 7 ص 483 ، مارتي وريني المرجع السابق ص 807 .

(2) راجع المواد القانونية التالية : 188 مدني جزائرى ، 234 مدني مصرى 268 موجبات وعقود لبناني التي تقرر حق الضمان على أموال المدين وليس على جسمه .

وحتى لو سلمنا جدلا بما ذهب اليه الفقهاء من أهمية شخصية المدين لدى الدائن فاني أرى أن أهمية شخصية الدائن لدى المدين لا تقل أهمية عنها ، لان الدائن الجديد قد يكون أشد قسوة ، وأقل انسانية من الدائن الاصلي ، بحيث لا يتوانى عن استعمال جميع الوسائل القانونية الممكنة للحصول على حقه من المدين وقد يكون المدين اختار الاستدانة من الدائن الاصلي نظرا لخصالة الانسانية ، ومرونته في المطالبة بالدين .

وانتهى الى القول ، بأن حجج الفقهاء الفرنسيين غير كافية ، لتأسيس رفض المشرع الفرنسي تنظيم حوالة الدين الى جانب حوالة الحق ، وأرى أن عدم تنظيمه لحوالة الدين لا يدل على أكثر من أنه ، اى المشرع الفرنسي ، لا زال يعيش على ماضي اسلافه الرومان ـ الذين اعتبروا هو القائلين بأن شخصية السلف تستمر في شخصية الخلف الى حين تصفية التركة ـ ولا زال يحاول التمسك بالمفهوم الشخصي للالتزام ، بما ينطوى عليه هذا المفهوم من تمييز طبقي بين فئة الدائنين الذين يكونون عادة من الطبقة الثرية ، وفئة المدينين التي تتكون في الغالب من الطبقة المعوزة الفقيرة غير أنه يجب أن يلاحظ في هذا الصدد أن سكوت المشرع الفرنسي عن تنظيم حوالة الدين لا يجب ان يفسر كمنع لاجوائها ، لان حرية التعاقد كافية لتمرير اجراء هذه الحوالة ، ولو أنها لن تكون فعالة بدون موافقة الدائن بناء على التفكير القانوني السائد في فرنسا كما سبقت الاشارة اليه ، كما أنه يمكن الوصول الى النتائج التي تصل اليها حوالة الدين ، بالالتجاء الى الانظمة القانونية المشابهة بالرغم من اختلافها عن الحوالة كالتجديد والتوكيل(1) وبالاضافة الى هذا فان المشرع الفرنسي قد وقع في عيب فني عند تنظيمه لحوالة الحق حيث عالجها بصدد تعرضه لعقد البيع ، الشيء الذى يوحي خطأ بأن حوالة الحق لا تكون الا بمقابل مع العلم بأن حوالة الحق يجوز أن تكون بمقابل أو بدون مقابل ولهذا فمن المستحسن أن يعمد المشرع الفرنسي الى فصل موضوع الحوالة عن عقد البيع لان مكانها الطبيعي هو النظرية العامة للالتزام .

.../...

(1) راجع الاخوة مازو، المرجع السابق ص 1012 ، مارتي ورينو المرجع السابق 807 ، والاستاذ السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 3 ص 418 .

ولقد حسم المشرع في التقنيات المدنية العربية الموقف ، في جواز انتقال الالتزام "الاستخلاف" بين الاحياء ، مقتفيا في ذلك آخر ما وصلت اليه القوانين الغربية ذات النزعة المادية ، التي أصبحت تنظر الى الروابط التعاقدية على أنها عبارة عن علاقة بين كيانين ماليين وأن " الدين ، أو الحق " أصبح يمثل قيمة مالية ، كسائر القيم المالية الاخرى ، يمكن أن تكون محلا للتعامل كالحقوق العينية باعتبارها هي الاخرى ذات قيمة مالية .

ولم يشأ المشرع ، سواء في الجزائر ، او في مصر ، او في لبنان ، ان يغفل هذا التقدم الذى احرزه الفكر القانوني فنظم صراحة ، وبوسائل مباشرة مبدأ انتقال الالتزام بين الاحياء ، وقد أورد احكام هذا النظام القانوني ، في صلب النظرية العامة للالتزام ، وأظن أن هذا هو مكانها الطبيعي وبهذا تكون التشريعات العربية الثلاثة ، قد تلافت الوقوع في الخطأ الفني ، الذى وقع فيه المشرع الفرنسي الذى نص على أحكام الحوالة ، عقب نصه على أحكام عقد البيع ، وقد سبق أن رأينا ، أن ترتيب القانون الفرنسي منتقد وغير منطقي لانه يجافي الواقع العملي لوظيفة الحوالة التي يمكن ان تكون بيعا ، أو رهنا أو هبة ، أو وفاء بمقابل .. الخ .

واذا كانت التشريعات العربية بتنظيمها للحوالتين معا — حوالة الدين وحوالة الحق — قد قطعت شوطا أبعد من القانون الفرنسي الذى اقتصر على تنظيم حوالة الحق فقط ، فان هذه التشريعات العربية ، لم تتمكن من تجنب التناقض الذى وقع فيه القانون الفرنسي ، فعلى الرغم من أنها ابتعدت عن الوقوع في الخطأ من الناحية الشكلية بتنظيمها لحوالة الدين الى جانب حوالة الحق ، فانها انزلقت الى هذا الخطأ من الناحية الموضوعية ، الشيء الذى لا يقدمها كثيرا عن القانون الفرنسي ، اذ انها جعلت حوالة الدين لا تتم الا برضاء الدائن ، فعادت بهذا الى المفهوم الشخصي للالتزام ، وبرهنت على عدم مقدرتها على التخلص منه نهائيا ، ومن آثاره السيئة وابعاده التاريخية . وبهذا افصحت عن النزعة الطبقية المفضوحة في تغليب مصالح الدائنين على مصالح المدينين و بعملها على اعطاء ضمانات جديدة للدائنين ، ومنحهم امتيازات على حساب المدينين ، بحيث ان المشرع محاباة منه للدائنين على حساب المدينين

../...

قد سمح لهم بتحويل حقوقهم دون رضاء المدينين (1) ، ثم قسا على المدينين وامتهن اراداتهم ، فمنعهم من حوالة ديونهم دون رضاء الدائنين ، وهذا يعود بنا الى الوراء قليلا لنرى مركز المدين الذى كان جسمه عنصرا من عناصر الالتزام يمكن للسيد الاقطاعي التنفيذ عليه ، وقد عملت القوانين الغربية ذات النزعة اللاتينية على المحافظة على هذه القاعدة ، ثم نقلتها الاقلام العربية دون محاولة لبحث مضمونها ، وجذورها التاريخية . وهذا التناقض الذى تصطبغ به القوانين العربية عموما والقانون الجزائرى على الخصوص، ناتج عن الصراع الفكرى الذى وقع فيه المشرع ، حيث انه لم يوفق في الجمع بين روح الاصالة وطموح التجديد فوقع في فخ النقل والتقليد .

ويمكنني القول بأن ما وصلت اليه التقنينات العربية لم يكن الا اقتداء بما وصلت اليه القوانين الاوروبية في تطورها (2)، وكان من المستحسن الانتباه الى الخطر والكف عن نقل قوانين برمتها لتطبيقها على شعوبنا ، دون أن نبذل فيها جهدا سوى طباعتها ثم نشرها في جرائدنا الرسمية لتصبح قانونا وطنيا سارى المفعول ، فأين هي وطنية قوانيننا ؟ وكيف يمكنها أن تعبر عن أوضاعنا وتطلعات شعوبنا ؟ .

واذا كان لزاما علينا أن ننقل هذا التراث الانساني الكبير الذى لا نشك في عظمته فيجب أن يكون ذلك على سبيل المقارنة القانونية ، لانها تساعدنا على فهم مشاكلنا الوطنية وتدفع بالعلم القانوني الى التطور ، ولا يجب أن يفهم من هذا وجوب القيام بمقارنات شكلية أى مقارنة قواعد قانونية ، بقواعد أخرى ، دون الالتفات الى الظروف الموضوعية المنتجة لهذه القواعد (3).

.../...

(1) وتجدر الاشارة هنا الى ان المشرع المصرى كان يشترط في المادة 349 من تقنينه المدني القديم رضاء المدين كتابة لتمام حوالة الحق ، ولكنه غير هذا الرأى في تقنينه الجديد حيث لم يعد يشترط رضاء المدين او أى تدخل منه لانعقاد حوالة الحق ، وهذا يعد اثرا من آثار المذهب المادي للألتزام .

(2) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى الجزء 3 ص 109 .

(3) راجع محاضرات ثروت أنيس الاسيوطي التي القاها في جامعة وهران على طلاب السنة الثانية من معهد الحقوق " مطبوعة " ص6 .

البـــــاب الأول

أركـــان حـــوالـــة الحـــق

تمهيـــد :

لم تعد حوالة الحقوق بين الأحياء ، تثير أى نقاش في الأوساط الفقهية فقد انعقد اجماع الفقهاء على جواز الاستخلاف في الحق بين الأحياء ، وتبعهم في ذلك التشريع والقضاء (1) .

وهكذا يعود الفكر القانوني مرة أخرى ، استجابة منه لضرورات المقتضيات العملية ، ليسلم بفكرة الاستخلاف في الالتزام بين الأحياء ، كما سبق له أن أقرها بسبب الوفاة ، لكن هذه المرة ليس على أساس الافتراض القائل باستمرا شخصية السلف في شخصية الخلف ، وانما على أساس المفهوم الاقتصادى ، والموضوعي للالتزام ، اذ أصبح ينظر الى الحق كقيمة مالية في ذمة صاحبه .

ومادام يمكن تصور الحق في ذمة الدائن كمال متقوم ، فما الذي يمنع الدائن من تداوله بتحويله الى غيره ، واستثماره بالتصرف فيه ؟ ولا يهم بعد ذلك ، أن يكون المحيل قد تبرع به كمكافأة منه للمحال له ، أو تصرف فيه بمقابل نتيجة لحاجته الماسة الى المال ، فيبيعه للحصول على المبلغ التقريبي لقيمة حقه الموجود في ذمة الغير ،

.../...

(1) وأقدم تطبيقين للحوالة عرفهما القضاء الفرنسي هما : التنازل عن الايجار ، وحوالة الصفقة الآجلة التسليم (CESSION D'UN MARCHE à LIVRER à TERME) حيث دعيت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الى أن تفصل في الموضوع لمعرفة ما اذا كان المحال له في صفقة من هذا النوع ، يمكنه أن يفرض عقد الحوالة على المحال عليه ، ويطالبه بتنفيذ التزاماته ، وفي الحالتين تبنت محكمة النقض الفرنسية حلا معقولا ، وسمحت للمحال له بمطالبة المحال عليه الذى لا يمكنه أن يتمسك بعدم امكانية الاحتجاج عليه بعقد الحوالة ليتخلص من تنفيذ التزامه صدر الحكم الأول بتاريخ 1927/07/03 وهو منشور بسيرى 27/1/631 والحكم الثاني ، صدر بتاريخ 1857/5/6 وهو منشور بدالوز الدورى 57/1/259 (راجع في هذا لاب في المرجع السابق ص 10) .

فيحصل الدائن على ما يحتاج اليه من مال ،قبل حلول ميعاد استحقاق دينه ويحصل المدين على ماهو في حاجة اليه من أجل لتسديد ما عليه من دين ، ويحصل الدائن الجديد (المحال له) على توظيف أمواله .

اذن ،فحوالة الحق هي الوسيلة الفنية الملائمة ، والاجراء المباشر ،الذى يتم بواسطته احلال شخص محل آخر في نفس الحق ،فيتمكن الدائن من الحصول مباشرة على النتيجة التي كان يمكنه الوصول اليها بالطرق غير المباشرة ، والناقصة التي كان يستعين بها الرومان لانجاز هذه العملية القانونية كالتجديد ، والتوكيل بالقبض، مع العلم بأن هذه الأنظمة القانونية ،التي لا زالت موجودة في القوانين الوضعية الحديثة ، لها وظيفة مغايرة لوظيفة حوالة الحق .

فحوالة الحق الشخصي ،تفترض أن شخصا يستخلف شخصا آخر في حقه ، الشخصي ذاته ، الذى يوجد في ذمة شخص ثالث ،فينتقل هذا الحق من ذمة السلف الى ذمة الخلف ، الذى يخلفه خلافة خاصة في هذا الحق .

وتتم هذه الخلافة نتيجة لتصرف قانوني تلتقي فيه ارادة السلف بارادة الخلف وتتجهان الى احداث هذا الاثر القانوني . وهذا التصرف يعتبر من التصرفات القانونية الناقلة للحق ،لأنه يترتب عليه انتقال الحق الشخصي الذى كان للسلف في ذمة الغير ،الى الخلف الخاص الذى يتلقى هذا الحق كما كان تماما .

ويخضع هذا التصرف القانوني في قيامه ،الى الشروط العامة التي يخضع لها أى تصرف قانوني وهي نوعان، شروط الانعقاد ،وشروط الصحة .

وشروط انعقاد التصرف القانوني ،أى اركانه ،هي الشروط اللازمة لوجوده وهي الارادة والمحل والسبب ،ويضاف الى هذا ،ركن الرسمية ،في العقود التي يستوجب القانون توفر الشكلية في انعقادها ،أما شروط صحة التصرف ، فهي الشروط اللازمة لكي يستقر التصرف وتترتب عليه آثاره بصفة نهائية ،وهي الأهلية ،وسلامة الارادة من العيوب التي قد تشوبها .

.../...

وفي جميع الاحوال يجب مراعاة الشروط الأساسية للعملية التي كانت حوالة الحق وسيلة لانجازها، ويلاحظ أنه مهما كان الغرض من الحوالة ، وأيا كانت صورة العقد الذي تشكلت بشكله ، فان للحوالة احكاما خاصة لابد من مراعاتها .

ولقد رأيت أن أعالج في هذا الباب ، تعريف حوالة الحق ، وتمييزها عن الأنظمة القانونية ، التي تتقارب منها ، في فصل ، ثم أخصص فصلا آخر لبحث شروط انعقاد عقد الحوالة ، وتجدر الاشارة في هذا الصدد ، الى أني سأقتصر في بحث أركان عقد الحوالة على الخصائص التي تتميز بها هذه الأركان ، وأحيل فيما عداها على القواعد العامة في نظرية العقد .

الفصـــــــــل الأول

تعريف الحوالة وتمييزها عن الانظمة الأخرى

المبحـــــث الأول

تعريف حوالة الحق وخصائصهــــا

المطلـــــب الأول

تعريــــــــف الحوالـــــــة

يتفق الفقه في تعريفه لحوالة الحق - رغم اختلافه الشكلي في أهمية اعتبارها اتفاقا أو عقدا - على أنها عقد أو اتفاق عند من لا يفرق بين العقد والاتفاق ، يحول بمقتضاه حق من صاحبه الحالي ، وهو الدائن الاصلي (المحيل) ، الى المتعاقد .. الذي يصبح دائنا جديدا (المحال له) ، بالحقوق التي كانت للمحيل في مواجهة المدين (المحال عليه) .(1)

ويلاحظ أنه ليست هناك أية أهمية عملية في الواقع للتمييز بين الاتفاق والعقد ،(2) فكل توافق لارادتين على احداث أثر

.../...

(1) راجع في هذا التعريف ، شفيق شحاتة حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص 12 ، جمال الدين زكي نظرية الالتزام ص 161 ، مصطفى الزرقاء نظرية الالتزام الجزء 2 ص 291 , اسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام الجزء 2 ص 356 ، سمير عبد السيد تناغو نظرية الالتزام ص 477 ، الاخوة مازو دروس في القانون المدني الجزء 2 ص 1026 ، مارتي ورينو القانون المدني الجزء 2 ص 808 ، دي باج شرح القانون المدني البلجيكي الجزء 3 ص 327 ، بلانيول وريبير شرح القانون المدني الفرنسي الجزء 7 ص 484، بريس ستارك (Boris STARCK) القانون المدني ص 697 .

(2) وقد نقل المشرع الفرنسي هذا التفريق بين العقد والاتفاق عن الفقيهين الفرنسيين بوتييه ، ودوما عند تعريفه للعقد في المادة 1101 من تقنينه المدني ، وقد جاء في هامش الصفحة 10 من الجزء 2 من المذكرة الايضاحية للمشـــروع التمهيدي للقانون المدني المصري ما يأتي : " قد هجرت التقنينات الحديثة هذه التفرقة لخلوها من الفائدة العملية ، واذا كان تعريف العقد في المشروع ==

قانونــي يمكن أن يسمى عقدا أو اتفاقا ، لان العبرة هي باتجاه الارادتين الـى احداث أثر قانوني لاتفاقهما ، دون الاعتداد بالتسمية التي تطلق على هذا الاثر فيمـا بعـد . ولا محل للقول بأن مصطلح الاتفاق أوسـع نطاقا من مصطلـح العقد ، وأن العقد هو نوع من أنواع الاتفاق ، فيكون بالتالي كل عقد اتفاقــا اما الاتفاق فلا يكون عقدا الا اذا كان منشئا لالتزام ، لان العقد يعني انشاء الالتزام فقط ، اما اذا كان يعدل الالتزام ، أو ينقله ، او ينهيه ، فهو ليــس بعقد ، وانما اتفاق ، لان الاتفاق يعني انشاء ، او تعديل ، او نقل او انهـاء الالتزام ، بل ان القائلين بهذا التمييـز يذهبون الى حد القول بأن اهميــة التمييــز بين العقد والاتفاق تظهر على وجه الخصوص في اختلاف اهلية الاداء المطلوبة في العقد ، عن اهلية الاداء المطلوبة في الاتفاق . غير أن هذا الــرأى مردود عليـه بأن الاهلية المطلوبة تختلف باختلاف العقود ذاتها ، فالاهلية في عقود التبرع غيرها في عقود المعاوضـات ، ومع ذلك لم يقل احد ان هنـاك فرقا ما بين الهبة والبيع من حيث ان كليهما عقد ، لمجرد ان الاهلية تختلــف في احدهـما عنها في الاخــر . (1)

واذا تجاوزنا هذا الخلاف الشكلي الذي يثيره بعض الفقه [illegible] والذي لا ينطوي على أية أهمية عملية او نظرية ، بقدر ما يضيع الوقت والجهد فــي التلاعب بالالفاظ ، والانشغال بالشكل عن الجوهر . فانه لا يفوتني أن اسجل على تعريف الحوالة السابق الذكر اسقاطه (السقاطه) لعدة عناصر جوهرية ذات أهمية قانونية

فمن المآخــذ الاساسية على هذا التعريف ، امتيازه بالعمومية ، فهو يوحي بأن الحوالة تشمل جميع الحقوق بأنواعها المختلفة ، وبغض النظر عن طبيعتها مع ان الحقيقة كما سبق ان اشرت اليه عكس ذلك ، فحوالة الحق بمعناها الفني

.../...

= التمهيدى لم يذكر بين اثار العقد انه ينقل الرابطة القانونية فيرجع ذلك الى أن هذا النقل ليس الا نتيجة لانشاء الرابطة ، فالعقد الذى يقصد منه الى نقل الالتزام لا ينقله مباشرة وانما ينشيء التزاما بنقله وينفذ هذا الالتزام بمجرد نشوئه .

(1) أنظر على الخصوص الاستاذ السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 1 ص 137 .

الضيق ، كما هو منصوص عليها في التقنينات المدنية لا تشمل من الحقوق ، الا الحقوق الشخصية " المدنية " ، وبعبارة أخرى فان أحكام قواعد الحوالة لا يكفي أن تكون هناك حوالة حق لاعمالها ، بل يجب ألا يكون هناك نص خاص يحكم حوالة هذه الحقوق.

ويلاحظ كذلك أنه يترتب على هذا التصرف القانوني خلافة خاصة في حق شخصي معين ، فيتلقى الخلف هذا الحق عن سلفه كما كان في ذمته تماما . وقد قلت بأن هذه خلافة خاصة ، لان الاستخلاف يتم في حق معين ، ويشترط أن يكون هذا التصرف الناقل للحق الشخصي منتجا لآثاره حال حياة المتصرف ، وذلك تمييزا لها عن الخلافة العامة . وبهذا تخرج الوصية في دين معين من مفهوم الحوالة لانها تصرف قانوني حال الحياة مضافة الى ما بعد موت المتصرف .

وبالاضافة الى ذلك فان الحوالة لا تقوم الا بالتبعية لغيرها ، لانها لا توجد الا بوجود دين على المحال عليه ، يكون حقا للمحيل يمكنه التصرف فيه بتحويله الى غيره ، فهي تابعة لهذا الدين وجودا وعدما .

ولكي يستكمل هذا التعريف ما لوحظ عليه من نقص ، رأيت أن اقترح تعريفا جديدا لحوالة الحق مسترشدا في ذلك بما تضمنته القوانين الوضعية في هذا الصدد فأقول بأن حوالة الحق : " عقد منتج لآثاره حال الحياة يلتزم بمقتضاه شخص بأن يستخلف شخصا آخر في حق شخصي معين ".

.../...

---

(1) راجع أحمد ابو الفتح المعاملات في الشريعة الاسلامية الجزء 2 ص 549 .

المطلـــــب الأول

خصائـــص حوالـــة الحـــــق

ويتبين لنا من تعريف حوالة الحق أنها عقد رضائي يتم بتوافق ارادتـي المحيل والمحال له ، وأن محل هذا العقد هو دائما الحق الشخصي الـذى يكون للمحيل في ذمة المحال عليه وأنه عقد يترتب عليه نقل الحق الشخصـي ذاته بكل مقوماته وخصائصه من المحيل الى المحـال له ، وأنه عقـد منتج لآثاره حال حياة عاقديه ،أى أنه ليس من الاعمال القانونية المضافة الى مـــا بعد الموت .

1) ـ حوالة الحق عقد رضائي : تفترض هذه العملية القانونية وجـــود ثلاثة اشخاص هم الدائن الاصلي المتصرف بالحوالة ، ويسمى المحيل" cédant " والشخص الثاني المتصرف اليه بالحق المحال به ، والذى أصبح الدائن الجديد للمدين بدلا من المحيل ويسمى المحال له (sessionnaire) والشخـص الثالث هو المدين بالحق الذى تمت حوالته . بعقد لم يكن طرفـا فيه ويسمـى المحال عليه (cedé) هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى تفترض وجود حـــق للمحيل في ذمة المحـال عليه تتم حوالته بمقتضى العقد المبرم بين المحيـــل والمحال له ويسمى الحق المحال به (créance cédée) ويتم عقـــد الحوالة بين المحيل والمحال له اللذين يلعبان دورا أساسيا وايجابيـــا اذ أن العقد ينعقد وينتج كل اثاره القانونية فيما بين طرفيه بمجرد توافق ارادتهما ، دون حاجة الى أى اجراء شكلي % الحوالة باستثناء ما اذا كان العقد الـتي استعملت الحوالة كوسيلة لانجازه يتطلب شكلا ففي هذه الحالة يجب توافـــر الشكل المطلوب في الحوالـة كذلك[1]، اما المحال عليه فيعتبر من الغير بالنسبة للعقد الذى تمـت به الحوالة ، ومشاركته غير ضروريـة ،اذ أن العقد يتم دون

.../...

(1) راجع في هذا شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص 4 1 (وسنعود الى هذه النقطة بشيء من التفصيل فيما بعد).

حاجة الى رضائه أو أى تدخل منه (1) ، اذ ما دام انه ليس لشخصية الدائن أى اعتبار خاص في نشوء الالتزام فلا يهم المدين المحال عليه من سيكون دائنه ، فيستوى بالنسبة اليه أن يوفي الدين الى دائنه الاصلي او الى دائنه الجديد مادام عبء الالتزام بقى كما هو لم يتغير .

2) - حوالة الحق عقد منجز حال حياة عاقديه : والحوالة عقد يجب أن ينتج آثره حال حياة عاقديه فلا تجوز اضافته الى ما بعد موت المحيل ، لأن تصرف المحيل اذا كان بمقابل في هذه الحالة الاخيرة يكون واردا على تركة مستقبلة فيقع تحت طائلة المنع والبطلان المنصوص عليه في المادة 2/92 من التقنين المدني الجزائرى (2) ، على أنه اذا تبين أن الحوالة كانت بدون مقابل أمكن اعتبارها وصية ، وبالتالي تخرج من نطاق حكم القواعد القانونية الخاصة بحوالة الحق التي أوردها المشرع في القانون المدني ، وتصبح خاضعة لقواعد نظام الارث والوصية .

3) - حوالة الحق عقد تابع : فعقد حوالة الحق يفترض وجود حق سابق على وجوده ، اذ أنه لا يمكن تصور قيام حوالة الحق الا بالتبعية لغيرها ، لانها لا توجد الا بوجود حق للمحيل ، في ذمة المحال عليه ، تتم حوالته بمقتضى العقد المبرم بين المحيل، والمحال له فتكون حوالة الحق تابعة لهذا الدين وجودا وعدما .

4) - موضوع الحوالة هو الحق الشخصي : الحق الذى ينتقل بالحوالة هو دين الدائن الموجود في ذمة المدين المحال عليه ، فهذا الحق الشخصي هو الذى تتم حوالته من الدائن الاصلي الى الدائن الجديد ، ويبدو أن هذا النظام مقصور على انتقال الحقوق الشخصية المدنية اذ ان الاحكام المتعلقة بالحوالة وردت في معرض بحث المشرع لنظرية الالتزامات ، فهي مبدئيا تتعلق .../...

(1) راجع المادة 239 مدني جزائري والمادة 303 مدني مصرى ، والمادة 281 مدني لبناني والمادة 1689 مدني فرنسي (وسنتولى دراسة هذه المواد فيما بعد) .

(2) وتقابل هذه المادة وتطابقها المادة 2/131 مدني مصرى .

بحوالة الحقوق الشخصية ، أما الاستخلاف في غير الحقوق الشخصية فلا يخضع لقواعد الحوالة التي نص عليها المشرع في باب الالتزامات ، فالحقوق العينية مثلا نجد المشرع قد وضع لها قواعد خاصة تحكم انتقالها ، فلا يمكن انتقالها الى الغير الا بالطرق التي حددها القانون وحتم مراعاتهـا .

<u>5 ـ عقد الحوالة ينقل الحق بجميع مقوماته وخصائصه :</u> بمجرد انعقاد عقد الحوالة صحيحا بين المحيل ، والمحال له ينتقل الحق المحال به ذاته من الأول الى الثاني بكل قيمته حتى لو كان المحال له قد دفع فيه ثمنا أقل ، ذلك أن الحق المحال به تنتقل ملكيته بمجرد انعقاد العقد دون حاجة الى أى اجراء آخر.

والحق الذى ينتقل ، هو نفس الحق الذى للمحيل في ذمة المحال عليه ، فينتقل الى المحال له بكل ما له من صفات وما يتضمن من دفوع فلو كان حقا مدنيا ، أو تجاريا انتقل بهذه الصفة الى المحال له ، وان كان حقا ينتج فوائد قانونية (1) انتقل بقابليته لانتاج الفوائد أو كان التزاما تضامنيا أو التزاما غير قابل للانقسام ، انتقل بهذه الصفات ذاتها الى المحال لـه .

كذلك ينتقل الحق المحال به بما يتضمن من دفوع ، فيجوز للمدين المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن المحال له بنفس الدفوع التي كانت له في مواجهة الدائن المحيل ، كذلك فان كان المدين يستطيع أن يدفع بسبب من أسباب البطلان ، أو سبب من أسباب الانقضاء فيمكنه ان يدفع بهذه الدفوع امام الدائن الجديد (المحال له) .

كما أن الحق ينتقل بجميع ضماناته ، فلو كان الحق المحال به مضمونا برهن رسمي أو بحق امتياز ، أو بكفالة ، فانه ينتقل الى الدائن الجديد مع كل هذه التأمينات التي تضمن الوفاء بـه .

.../...

---

(1) والجدير بالملاحظة هنا أن المشرع الجزائرى لا يبيح الفوائد القانونية بين ... اذ ينص في المادة 454 من تقنينه المدني على أن " القرض بين الافراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك " .

المبحث الثالث

الأهمية العملية لحوالة الحق

لقد انفصل الحق عن شخصية صاحبه ، وأصبح يمثل قيمة اقتصادية وعنصر ثراء ككل القيم والاموال التي تتكون منها الذمة المالية للشخص ، ولن تكون لهذه القيمة الاقتصادية فعاليتها ، أو أية فائدة عملية تذكر ، الا اذا كان في مقدور الدائن قبل حلول أجل استيفاء دينه ، أن يجرى عليها ما شاء من التصرفات القانونية كبقية العناصر المالية المكونة لذمته المالية . وخاصة أن الثروة الحقيقية في وقتنا الراهن ، أصبحت تتكون أساسا من مجموع الحقوق والقيم المنقولة ، سواء كانت حقوقا مترتبة للشخص في مواجهة الدولة او المؤسسات العمومية او المشروعات المؤممة ، أو حقوقا مترتبة له في مواجهة الشركات كسندات الريع ، والاسهم ، وحصص التأسيس ، فكل هذه الحقوق ، حقوق آجلة ، وقد يكون اصحابها في حاجة للتصرف فيها حالا ، وحتى يتمكنوا من استثمار حقوقهم المربوطة بهذه السندات والاسهم ، والاستفادة والافادة من تداولها يجب أن يكون في امكانهم التصرف فيها ببيعها والتنازل عنها قبل حلول أجل استحقاقها .(1)

فاذا كان الدائن في حاجة عاجلة الى أمواله الموجودة في ذمة المدين جاز له أن يحول حقه مع تحمله لقيمة الفوائد التي يجديها المحال له منذ انجاز الحوالة الى يوم حلول أجل استحقاق الدين المحال به ، وذلك بأن يستنزل المحيل من حسابه هذه الفوائد خصما من قيمة الدين الحقيقية فيكون الفرق بين الثمن الذى تمت على أساسه الحوالة والقيمة الحقيقية للحق الذى تمت حوالته ، هو الفائدة التي يجنيها المحال له فكأن المحيل أخذ مبلغا من النقود معجلا — وهو الثمن الذى باع به حقه — في مقابل التزامه بمبلغ اكبر منه — هو الحق المحال به — وتكون هذه نفس النتيجة

.../...

(1) راجع في هذا على وجه الخصوص : الاساتذة مازو دروس في القانون المدني الجزء 2 ص 1027 وزعدى يكن شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني الجزء 6 ص 13 .

عند الاقتراض من أحد البنوك ،غير أن الدائن في هذه الحالة ،يكون قد حصل على المبلغ اللازم ،الذى هو في حاجة اليه لتمويل مشاريعه الاقتصادية ،دون أن يتوجه الى بنك ليقترض منه ويدفع مقابل خدماته .

كما يكون للدائن الذى له حق لدى مدين مماطل ، يتطلب تحصيله صعوبة كبيرة ووقتا طويلا ، فيرى أن يتجنب مشاكل المطالبة القضائية وكل المصاريف التي سيتكبدها ،والتي قد لا تعود عليه بفائدة نتيجة لافتقاره للخبرة اللازمة لاستيفاء حقوقه عن طريق القضاء ،وقد تكون مشاغله الكثيرة ،لاتسمح باضاعة وقته فيحول حقه المشكوك فيه أو المتنازع عليه ، الى رجل أعمال محترف ،له الخبرة والمقدرة على استيفاء الحق من المدين المماطل ،واذا كان المحيل يتخلى عن جزء من حقه للمحال له ،فهذا الجزء يعتبر بمثابة عمولة يتلقاها المحال له تعوضه عن المخاطر التي يتعرض لها في العمل على تحصيل مبلغ الحوالة من المدين المماطل او المشكوك في ملاءته ومقدرته على الوفاء ، وتعوضه عن المصاريف القضائية التي يبذلها من أجل الحصول على هذا الحق ، وبعبارة أخرى يكون المحال له قد قام بعمل لمصلحة المحيل ،الشيء الذى يجعل له الحق في الحصول على مقابل اتعابه به ،ولهذا فلا يدفع للمحيل الأجزاء من مقدار الحق ،فالمحيل يفضل تضحيته بجزء من ماله ، ويعمل على الخروج من وضعية غير خالية من النزاع ، ويستوفي حقه المشكوك فيه ،دون أن يتعرض لاية صعوبات تذكر (1) .

وقد يكون الدائن المحيل في حاجة الى امواله ليقوم بوفاء ديونه التي حل أجل استحقاقها ،فيجد في الحوالة وسيلة مريحة للوفاء بدينه ، اذ يكفيه ان يحصل على رضاء دائنه .

.../...

---

(1) راجع في هذا الاساتذه مازو المرجع السابق ص1027 ،وزهدى يكن المرجع السابق ص13 وبلانيول وريبير شرح القانون المدني الفرنسي الجزء 7 ص486 .

والى جانب هذا ، فان المحال له يجد في هذه العملية القانونية فوائد متنوعة منها الكسب الذى يجنيه من الفرق بين ثمن الحوالة وقيمة الدين المحال به الحقيقية وقد يكون هذا الكسب مهما جدا ، اذا تمكن المحال له من استيفاء كل الحق الذى انتقلت اليه ملكيته بثمن أقل من قيمته الحقيقية ،فيكون مدفوعا بفكرة المضاربة ابتغاء تحقيق الربح في هذه الصفقة التي أبرمها مع المحيل ،مقابل تجشمه لبعض المخاطر،[1] وحتى لو افترضنا أن فكرة المضاربة والربح كانت منتفية لدى المحال له فانه باكتسابه هذا الحق من طريق الحوالة يكون قد وجد سوقا ملائمة لتوظيف أمواله واستثمارها تعود عليه بفائدة محققة ، وخاصة اذا كان الدين الاصلي ينتج فوائد قانونية كان يتقاضاها الدائن الاصلي وستصبح من حق الدائن الجديد ،وفي جميع الحالات يستفيد المحال له من اكتساب الحق الموجود مسبقا مع ضماناته ،فيكون أفضل له من استدانة مبلغ من النقود بتأمينات جديدة اذ أن الدائن في الحالة الاولى يستفيد من وضعية ،يجوز الا يستطيع ان يحصل عليها في الحالة الثانية فيتمتع في الرهن العقارى مثلا بمركز قانوني أفضل ، كما يتمتع بالامتيازات المرتبطة بنوعية الحق الذى انتقل اليه كامتياز البائع على الشيء المبيع .[2]

واذا كانت الفائدة الاقتصادية للحوالة تفسر بالمزايا الجمة ،التي تمثلها بالنسبة لاطرافها أى المحيل والمحال له ،بوصفها وسيلة فنية لاحلال شخص محل آخر في نفس الحق ،فان اهميتها في المجال القانوني تضاهي هذه الأهمية وتكملها ،اذ يمكن من خلالها تحقيق اغراض مختلفة ، وانجاز عدة عمليات قانونية كان المفروض انجازها بالالتجاء الى عقود مختلفة وهذا ما أدى الى ازواجية القواعد القانونية التي تحكم حوالة الحق رغم أن صورتها واحدة لاتتغير ، بالرغم من تنوع مقاصدها .

.../...

---

(1) راجع السنهورى الوسيط الجزء 3 ص444 ،وزهدى يكن في المرجع السابق ص25 وبلانيول وريبير في مرجعهما السابق ص487 ، واسماعيل غانم في النظرية العامة للالتزام الجزء 2 ص356 وكاربونيه المرجع السابق ص740 .

(2) راجع بلانيول وريبير في مرجعهما السابق ص486 .

فاذا كان الغرض من الحوالة هو بيع الحق المحال به من المحيل الى المحال له طبقت أحكام عقد البيع ، وأهمها وجوب دفع الثمن على المشترى ، ووجوب الضمان على البائع ولو أن بعض القوانين تعتبرها نوعا من البيع ، مثل القانون الفرنسي ، الذى نظمها أثناء معالجته لعقد البيع ، الشيء الذى يوهم بأن الحوالة لا يمكن أن تكون الا بمعاوضة، غير أن الشيء المسلم به هو أن لقواعد حوالة الحق مدلولا عاما يمتد الى الحالات التي لا تعتبر بيعا ، اذ قد تكون مجانية ، فتكون هبة وهنا تسرى عليها قواعد عقد الهبة من وجوب وجود نية التبرع وافراغها في الشكل الرسمي الذى يتطلبه القانون لانعقاد عقد الهبة (1) ، وقد يكون الهدف من الحوالة هو رهن الحق كضمان لدين في ذمة المحيل للمحال له فيرهن المحيل حقه الموجود في ذمة الغير بواسطة الحوالة ، والحوالة التي تجرى على سبيل الضمان لا تنقل الحق المرهون الى المحال له (2) . وتجدر الاشارة أن الديون غير المكتوبة لا يجوز رهنها (3) ، اما الديون المكتوبة فيجوز رهنها ، سواء كانت

.../...

---

(1) وينص المشرع الفرنسي في المادة 931 من تقنينه المدني على أن عقد الهبة لا يتم الا أمام الموثق حيث يقول " Tous actes portant donation entre vifs seront passéq szvant notaires, dans le forme des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité.

اما المشرع المصرى فقد نص في المادة 488 من تقنينه المدني على أنه " تكون الهبة بورقة رسمية والا وقعت باطلة مالم تتم تحت ستار عقد آخر ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة الى ورقة رسمية " اما المشرع اللبناني فقد نص في المادة 509 " تتم الهبة اليدوية بأن يسلم الواهب الشيء الى الموهوب له" المادة 510 " ان هبة العقار او الحقوق العينية لا تتم الا بقيدها بالسجل " ولا يوجد في التقنين المدني الجزائرى نص مقابل لهذه النصوص ولهذا وجب علينا الرجوع الى مبادىء الشريعة الاسلامية طبقا لما تمليه الفقرة الثانية من المادة الاولى ، والرأى السائد في الشريعة الاسلامية أن الهبة لا تجوز الا مقبوضة ، أى أن الهبة لا تتم الا بالقبض .

(2) راجع في هذا حكم لمحكمة النقض الفرنسية صادر في سنة 1908 ، ومنشور في سيرى 1908 ، 2 ، 185 .

(3) راجع المواد التالية : 975 مدني جزائرى ، و 1123 مدني مصرى .

ديونا عادية ، أو ديونا ثابتة في سندات اسمية أو للامر ، شريطة أن يذكر في هذه الحالة ان الحوالة قد تمت على سبيل الرهن[1] .

وأيا كان الغرض من الحوالة ، وأيا كان العقد الذى تشكلت بشكله وكانت الاداة لتحقيقه ، فان تعيين القواعد القانونية الواجبة التطبيق ، يناط بطبيعة التصرف الذى يراد عقده ، واذا كان من بين هذه القواعد ما يتعين تطبيقه في جميع الاحوال دون تفريق ، كما هو الشأن فيما يتعلق بالاجراءات الخاصة بنفاذ الحوالة في حق الغير فهناك قواعد يختلف حظها من التطبيق تبعا لطبيعة العقد المراد ابرامه ومن ذلك قواعد الضمان ، وغني عن البيان ان الطائفة الاولى من تلك القواعد ترتفع من الخصوصيات على نحو يؤهلها لان تشغل مكانا طبيعيا في نطاق النظرية العامة للالتزام ويجوز أن تكون هذه هي العلة في اقتصار المشرع في هذا المقام على الوقوف عند الاحكام الخاصة بانتقال الالتزام في ذاته دون أن يمتد في ذلك بسبب انتقال الالتزام او ترتيب الحق بيعا كان أو هبة أو مقايضة أو شركة أو رهناً .

وأخلص الى القول بأن الاهمية العملية ، والقانونية لحوالة الحق تتمثل في أنها توفر الاطار القانوني الملائم لتداول الحقوق الشخصية ، والوسيلة القادرة على تلبية متطلبات عامل السرعة الذى أصبحت تتطلبه المعاملات المالية ومختلف الانشطة الاقتصادية .

.../...

---

(1) راجع المواد القانونية التالية : 976 مدني جزائري و 1124 مدني مصري وتجدر الاشارة الى أنه ليس في القانون اللبناني نصوص مقابلة لهذه النصوص والفت الانتباه الى أني سأتعرض بشيء من التفصيل للحوالة التي تتم على سبيل الضمان أثناء كلامي على نفاذ حوالة الحق .

المبحث الثالث

حوالة الحق والنظم القانونية التي تشبهها

بالرغم من أن نظام الاستخلاف في الحق بين الاحياء ، أو كما يعبر عنه بحوالة الحق ، له كيان قانوني مستقل ومميزات جوهرية تعمل على ظهوره كبناء قانوني متماسك ، فهناك بعض الأنظمة القانونية تشتبه به كثيرا ، وتكاد تختلط به ولذا فقد رأيت أن من الملائم والمفيد التعرض للتمييز بين حوالة الحق والانظمة القانونية الأخرى ، وذلك دفعا لكل لبس قد يقع ، بين الحوالة وهذه الانظمة التي كان يستعان بها لتأدية دور الحوالة قبل اجازة هذه الاخيرة ، ولو أن وظائفها كانت مغايرة لحوالة الحق ، فهي تختلف من حيث انها تنطوي على روح المضاربة كما سبق ان قلنا ، تلك الروح التي تساهم غالبا في تمييز الحوالة عن باقي الأنظمة القانونية ، لأنه لا التجديد ، ولا الوفاء مع الحلول ، يعطي للدائن الجديد أية فرصة في تحقيق اى كسب مادى من وراء تصرفه ، اذ في هذه الانظمة القانونية لا يمكن لمن حل محل غيره أن يسترد الا ما دفعه فعلا ، بحيث انه اذا كان الحلول في كل الدين لقاء مبلغ أقل من القيمة الحقيقية للدين ، فان الفرق يفيد منه المدين ، وهذه الفروق في الوظيفة الاقتصادية الموجودة بين الحوالة والانظمة القانونية المشابهة لها ، تصحبها خصوصيات من حيث النظام القانوني تفرق بينهما ، وسأحاول فيما يلي ابراز هذه الفروق حتى تتضح لنا الخطوط الفاصلة بين هذه الأنظمة القانونية .

المطلب الأول

الحوالة والتجديد

التجديد هو اتفاق على استبدال التزام جديد ، بالتزام قائم مغاير له في أحد عناصره الجوهرية ، اذ أن التجديد يتكون من انقضاء التزام سابق لنشوء التزام جديد قصد به أن يحل محله ، ويكون مختلفا عنه في عنصر من

.../...

عناصره الجديدة سواء كان المحل او الاشخاص (1). فالتجديد اذن هو طريقة من طرق انقضاء الالتزام الاصلي .

والطريقة العادية لانقضاء الالتزام هي الوفاء به، الآ أن الطرفين قد يتفقان بدلا من الوفاء بالدين على أن يستبدلا به التزاما جديدا يختلف عن الالتزام الاول في أحد عناصره الموضوعية او الشخصية ، ويجرى كل شيء كما لو كان الدين القديم قد حصل الوفاء به ، في حين أنه في الحقيقة لم ينقض بالوفاء ، بل انقضى لان الطرفين قد استبدلا به دينا آخر ، فالتجديد بهذا المعنى هو وفاء حكمي لاحقيقي فهو يعادل الوفاء دون أن يكون وفاء (2) .

وتجدر ملاحظة ان مصدر التجديد يكون دائما الاتفاق الصريح بين الاطراف اذ تنص المادة 1/289 مدني جزائرى على أنه " لايفترض التجديد ، بل يجب الاتفاق عليه صراحة ، او استخلاصه بوضوح من الظروف " (3) غير أن التجديد في وقتنا الحاضر قد فقد وظيفته ، واصبح نظاما عاديا ، وليس هناك أى مبرر للنص عليه

.../...

(1) راجع مصطفى الزرقاء في شرح القانوني المدني السوري الجزء 2 ص 395 ، عبد الحي حجازى احكام الالتزام ص 277 وتجدر ملاحظة أن التجديد يكون دائما تصرفا قانونيا فهو اتفاق على انقضاء التزام قديم وانشاء التزام جديد (راجع السنهورى ، الوسيط الجزء 3 ص 813) .

(2) راجع على الخصوص عبد الحي حجازى في مرجعه السابق ص 277 ، ونشير هنا الى انه في حالة ما اذا كان الالتزام القديم قد انقضى لاى سبب من أسباب الانقضاء كان الاتفاق على تجديده باطلا وكذلك الحال اذا كان مصدر الالتزام القديم عقدا باطلا بطلانا مطلقا فان الالتزام يكون معدوما في نظر القانون (راجع المواد التالية : 288 مدني جزائرى ، 353 مدني مصرى ، 322 مدني لبناني) .

(3) انظر المواد المقابلة والمطابقة لهذه المادة في القانون المصرى المادة 1/354 في القانون اللبناني المادة 2/320 في القانون الفرنسي 1273 ويمكن تجديد الالتزام في ثلاث حالات : 1) تجديد الالتزام بتغيير الدين 2) تجديد الالتزام بتغيير الدائن ، 3) تجديد الالتزام بتغيير المدين. راجع في هذا المواد : 287 مدني جزائرى 352 مدني مصرى 323 مدني لبناني 1271 مدني فرنسي .

بل كان الأجدر بالمشرع تركه لارادة الافراد ، لانه اذا كان في العهد الروماني مسألة شكل تتصل بشكل الالتزام ، فقد أصبح مسألة نية ، أى مسألة موضوعية تتصل بحرية التعاقد وسلطان الارادة (1) . وبالاضافة الى هذا ، فالوظيفة التي كانت سبب وجوده في القانون الروماني ، قد زالت ، واصبح يغني عنه حوالة الحق وحوالة الدين اللذان عرفتهما القوانين الحديثة ، كما يمكن الاستغناء عن التجديد بتغيير الدين بالالتجاء الى نظام الوفاء بمقابل ، الشيء الذى دفع ببعض القوانين الحديثة الى اهمال تنظيمه مثل القانون الالماني (2) .

كما أن وظيفة التجديد في القانون الروماني تختلف عن وظيفته في القوانين الحديثة فقد كان التجديد في القانون الروماني هو الوسيلة الوحيدة لانتقال الالتزام لعدم جواز انتقال الالتزام بين شخصين حال الحياة نتيجة للاسباب التي سبق بسطها (3) أما القوانين الحديثة فقد أجازت انتقال الالتزام بحوالته سواء كان حقا أو دينا .

ومن خلال ما تقدم ، يمكن ادراك الفروق الشاسعة بين نظام الحوالة ونظام التجديد ، وسأحاول فيما يلي اجراء المقارنة بينهما ، ألخص فيها وجود أوجه الفرق وأوجه التشابه بين هذين النظامين .

<u>أولا : أوجه التشابه</u>: فحوالة الحق تتشابه مع التجديد في الوجوه التالية :-

1) يشتبه التجديد بتغيير الدائن مع الحوالة في أن كلا منهما يهدف الى تغيير الدائن الاصلي بدائن جديد في المستقبل ، كان اجنبيا عن العقد الذى رتب الحق المحال به أو المجدد .

.../...

(1) راجع عبد الحي حجازى في المرجع السابق ص278 وكذلك السنهورى في الوسيط الجزء 3 هامش ص814 .

(2) انظر عبد الحي حجازى في مرجعه السابق ص 280 ، ومصطفى الزرقاء في مرجعه السابق ص412 وسمير عبد السيد تناغو نظرية الالتزام ص527 ، والسنهورى في المرجع السابق ص 439 . وهامش 814 .

(3) راجع عبد الحي حجازى في المرجع السابق 279 ومصطفى الزرقاء في المرجع السابق ص412 .

2) كما يشتبه التجديد بالحوالة في أنهما عقدان تابعان لا يمكن انعقادهما الا اذا كان هناك حق سابق في وجوده على انعقادهما ، ويكونان تابعين لهذا وجودا وعدما فسادا وصحة •

3) ويشتبه التجديد بالحوالة في انهما عقدان رضائيان ،يكفي لانعقادهما التراضي ولا يتطلبان اجراء اخراو شكلا معينا •

4) كما يتفق التجديد مع الحوالة في أن كلامنهما يكون مصدره الاتفاق الصريح

ثانيا : أوجه الاختلاف : وتختلف حوالة الحق عن التجديد في النقاط الاتية :ـ

1) يختلف التجديد عن حوالة الحق في أن التجديد يعتبر طريقا من طرق انقضاء الالتزام ومصدرا من مصادر انشائه في وقت واحد ،اذ لم يعد التجديد عملا يقتصر على مجرد تغيير شكل الالتزام مع بقاء محله واحدا في الالتزامين القديم والجديد ،بل هو يمحو الالتزام القديم محوا كاملا وينشيء بدلا منه التزاما جديدا فلا يلزم أن يكون محل الالتزام الجديد هو محل الالتزام القديم •

بينما حوالة الحق هي وسيلة لنقل الحق من دائن لاخر ، وليست سببا لانقضاء هذا الحق حيث ينتقل الحق من الدائن الاصلي الى الجديد كما كان دون ان ينقضي أو يتغير • (1)

2) ويختلف التجديد بتغيير الدائن عن حوالة الحق ،حيث ان التجديد بتغيير الدائن يترتب عليه انقضاء حق الدائن الاصلي ،وانشاء حق جديد للدائن الجديد مستقل كل الاستقلال عن الحق الاصلي ، فلا يستفيد الدائن الجديد من الضمانات والامتيازات والصفات التي كانت مرتبطة بحق الدائن الأصلي والتي انقضت بانقضائه •

.../...

---

(1) زهدى يكن شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني الجزء 6 ص22 ، السنهوري في المرجع السابق ،ص439 عبد الحي حجازي في مرجعه السابق ص 279 •

بينما في حوالة الحق ينتقل ذات الحق الذى كان في ذمة المحيل الى المحال له بكافة خصائصه وتوابعه من دفوع وتأمينات[1] . وبهذا تعتبر الحوالة وسيلة من وسائل الاستخلاف بين الاحياء في نفس الحق بينما يعتبر التجديد مصدرا لانقضاء الالتزام القديم ولانشاء التزام جديد .

3) ويختلف التجديد عن حوالة الحق في ان التجديد بتغيير الدائن لا بد فيه من اتفاق المدين الاصلي والدائن الاصلي والدائن الجديد ، بحيث يجب أن يقبل المدين الاصلي الالتزام في مواجهة الدائن الجديد الذى سيحل محل الدائن القديم أى انه يجب رضاء الاشخاص الثلاثة ليتم التجديد .

بينما حوالة الحق يكفي لانعقادها رضاء الدائن الاصلي (المحيل) والدائن الجديد (المحال له) ولا حاجة لرضاء المدين الاصلي الذى يبقى أجنبيا عن العقد الذى تمت به الحوالة ، الا أن القانون أشترط اعلان المدين أو قبوله للحوالة[2] . مع العلم بأن هذا الاعلان أو القبول لازمان لجعل الحوالة نافذة في حق المدين والغير ، وليس لانعقادها .

.../...

---

(1) أنظر بلانيول وريبير شرح القانون المدني الفرنسي الجزء 7 ص 487 ، ومارتي ورينو القانون المدني الجزء 2 ، ص 841 ، وعبد الحي حجازى المرجع السابق ص 294 ، وموسوعة دالوز المدنية لسنة 1950 بند 15 ، والاستاذ السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء 3 ص 439 ، وص 844 .

(2) راجع بلانيول وريبير في مرجعهما السالف الذكر ص 487 ، وعبد الحي حجازى في المرجع السابق ص 294 ، واسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام ص 405 ، والسنهوري في المرجع السابق ص 826 .

المطلـــــب الثانـــــي

الحوالـــة والوفـــاء مـــــع الحلـــول

الاثر الطبيعي للوفاء هو انقضاء الالتزام ومعه توابعه من كفالة وامتياز ورهـــن ولكن اذا كان هذا هو الاثر الذى يترتب على الوفـاء ، في حالة قيام الدائن بالوفـاء بالديـن بنقود من عنده ، فان الامر يختلف في الحالتين الآتيتين :

1) اذا كان المدين هو الذى وفى بالدين ، ولكن بنقود اقترضها من الغير.
2) اذا كان الغير هو الذى وفى بالنقود من عنده دين المدين .

ففي هاتين الحالتين يحصل الوفاء بالالتزام ، ومع ذلك يبقى الالتزام قائمـــا ، لكن ليس بين الدائن الاصلي والمدين وانما بين المدين والغير الذى وفى الديـــن اذ يحتل هذا الغير نفس المركز القانوني الذى كان للدائن في مواجهة المدين ، فتكون له في مواجهة المدين نفس الحقوق التي كانت للدائن القديم ويسمى هذا الحلول بسبب الوفاء ، وقد سمي بالحلول الشخصي (SUBROGATION PERSONNELLE) تمييزا له عن الحلول العينـي (SUBROGATION REELLE) الذى يؤدى الى حلـــول عين محـل أخرى في ذمة معينة وتخضع لنفس القواعد التي كانت تخضع لها العيـــن السابقـــة (1) . وتجدر الاشارة الى أن الحلول العيني يخرج من نطاق مقارنتنـا .

واذا كان للغير الذى قام بوفاء الدين أن يرجع على المدين طبقا لنص القانون أو للاتفاق، رجوعه يكون بدعوى الوكالة ، أو بدعوى الاثراء بلا سبب أو بدعوى الفضالـــة حسب الظروف فيصبح الموفى دائنا بدين جديد له مصدر مستقل عن الدين القديـم الذى انقضى بالوفاء ، فلا يجوز للموفى أن يستند في رجوعه على المدين الى التأمينات التي كانت ضامنة للدين الذى وفاه والتي انقضت بانقضائه ، وهذه النتيجة ضارة بالغير الـذى قـام بوفـــاء الديـــــن .

.../...

---

(1) أنظر في هذا عبد الحي حجازى احكام الالتزام ص 171 ، واسماعيل غانم فـي المرجع السابق ص 394 وتظهر أهمية الحلول الشخصي في الضمانات القويـــة التي يقدمها ، ويعطيها القانون للموفى والتي تمكنه من الحصول على كل مـــا وفـاه من المديـــن .

لهـــذا نص المشرع في بعض الحالات التي يكون للغير فيها مصلحة في الوفاء علـــى الحلول محل الدائن القديم ، فيكون له بجانب دعواه الشخصية ان يرجع على المديـن بنفس الحق الذى كان للدائن الاصلي فيستفيد من التأمينات الضامنة للحق (1) .

والوفاء مع الحلول سواء كان قانونيا او اتفاقيا هو استثناء من القواعد العامــــة وهو نظام قانوني مركب ، فهو بالنسبة للدائن وفاء يترتب عليه انقضاء الالتزام وهـــو بالنسبــة للمدين نقـل حق من الدائن الى الموفـــي (2) .

ونظام الوفاء مع الحلول شرع لمصلحة المدين في وفاء دينه ، فالموفي يقدم بقصد الصداقة والمساعدة للمدين لينقذه من مطالبة الدائن الملحة دون أن تكون لديـــة أية نية في أى كسب ، لكنه في نفس الوقت لا يريد أن يتحمل أية خسارة ، فيحل محل الدائـــن في نفس الحق (3) .

واذا كان نظام الوفاء مع الحلول يتشابه مع حوالة الحق من ناحية ، فانه يختلــف عنها من عدة نواح اخرى ، اختلافا جوهريا في شروط الانعقاد وشروط النفاذ وشــروط الصحة وفيما يلي احاول ان اجرى مقارنة مركزة بين هذين النظامين .

<u>أولا : أوجه التشابـــه :</u> يتشابه نظام الوفاء مع الحلول مع نظام حوالة الحــق من حيث ان في كل من النظامين ينتقل الحق من الدائن الاصلي الى الموفي او مـــن المحيل (الدائن الأصلي) الى المحال له بكل ماله من خصائص ، وما يلحقه مـــن توابع ، وما يكفله من تأمينات وضمانات ، وما يرد عليه من دفوع ، أى أن الحق في كـــلا

.../...

---

(1) أنظر المواد التالية : 261 ، 262 مدني جزائرى و 326 و 327 مدني مصرى ومن 310 الى 313 مدني لبناني ، و 1250 ، 1251 مدني فرنسي .

(2) راجع في هذا السنهورى في المرجع السابق ص703 ، عبد الحي حجازى فـــي المرجع السابق ص172 .

(3) انظر في هـــذا السنهورى في المرجع السابق ص705 .

النظامين ينتقل من الدائن الاصلي الى الدائن الجديد كما هو بدون تغيير وهذا مما دفع ببعض الفقهاء الى اعتبار الوفاء مع الحلول عبارة عن حوالة مفترضة (1) . والقول بناء على ذلك بأن من يؤدى دين غيره انما يشترى دين هذا الغير في مقابل ما يدفعه له .

صحيح ان الوفاء مع الحلول ، من حيث انه ينقل الحق نفسه من الدائن الى الموفى يقترب كثيرا من حوالة الحق ، الا ان هذا التقارب لا يمنع من وجود خلافات جوهرية بين هذين النظامين ونحاول فيما يلي ابرازها ، منعا لاى اختلاط قد يقع بينهما .

ثانيا : وجوه الاختلاف :

1) من حيث المصدر ، يختلف نظام الوفاء مع الحلول عن نظام حوالة الحق من حيث المصدر اذ أن الوفاء مع الحلول له مصدران هما الاتفاق والقانون ، بينما حوالة الحق لها مصدر واحد هو الاتفاق الذى يتم بين المحيل والمحال له .

2) من حيث شروط الانعقاد ، يختلف كذلك نظام الوفاء مع الحلول عن نظام حوالة الحق من حيث شروط انعقاد كل منهما ، ففي انعقاد حوالة الحق لابد من رضاء الدائن الاصلي والدائن الجديد ولا حاجة لرضاء المدين (2) ، ولا يمكن تصور حوالة الحق بدون ارادة المحيل بينما في الوفاء مع الحلول يمكن تصور حلول الموفى محل الدائن الاصلي ، بدون علمه أو بدون ارادته ، وذلك في حالة الحلول القانوني (3) .

.../...

---

(1) راجع على الخصوص في هذه النقطة عبد الحي حجازى في مرجعه السابق ص 176 والسنهورى في المرجع السابق ص 700 وما بعدها .

(2) انظر نصوص المواد التالية : 239 مدني جزائرى ، 303 مدني مصرى ، و 280 مدني لبناني ، 1689 مدني فرنسي .

(3) راجع المواد الآتية : 261 مدني جزائرى ، و 326 مدني مصرى ، و 310 وما بعدها مدني لبناني ، 1251 مدني فرنسي .

كما قد يتم الحلول نتيجة لاتفاق بين الدائن ، والموفى أو بين المدين والموفى بغير رضاء الدائن الاصلي (1) .

3) من حيث الاهلية ، يختلف نظام الوفاء مع الحلول عن حوالة الحق من حيث الاهلية اللازمة لاجراء كل منهما ، فالاهلية المطلوبة لاجراء الحوالة هي أهلية التصرف اى اهلية الاعمال القانونية الدائرة بين النفع والضرر ، اما في الوفاء مع الحلول فتكفي أهلية تلقي الوفاء عند الدائن ، أى أهلية الاغتناء (2) .

4) من حيث شروط النفاذ ، ويختلف الوفاء مع الحلول عن حوالة الحق من حيث شروط النفاذ فحوالة الحق لاتكون نافذة في مواجهة المدين ، وفي مواجهة الغير الا باتباع الاجراءات التي رسمها القانون وهي اعلان المدين بالحوالة ، أو قبوله لها ، ولتصبح نافذة في حق الغير يجب ان يكون القبول ثابت التاريخ (3) ، ويلاحظ أنه لافرق بين هاتين الوسيلتين من حيث %[قيمتهما] القانونية ، واجراء احداهما يغني عن اجراء الأخرى . بينما هذه الاجراءات غير لازمة لجعل الوفاء نافذا في حق المدين او في حق الغير ، فهو أى الوفاء مع الحلول يصير نافذا في حق المدين وفي حق الغير دون حاجة الى القيام بأى اجراء ، ويترتب على هذا ان الدائن استوفى حقه من الغير عن طريق الوفاء مع الحلول ثم حاول بعد ذلك الحق لمحال له فان الوفاء مع الحلول السابق على الحوالة ، يكون نافذا في حق المدين والمحال له حتى لو كان المحال له قد استوفى الاجراءات القانونية لجعل الحوالة نافذة ، وهذا على عكس ما لو كانت [هناك] حوالتان متتاليتان لحق واحد ، ففي هذه الحالة يكون للمحال له الثاني الذى اعلن حوالته ، او قبلها المدين المحال عليه قبولا ثابت التاريخ ، افضلية على المحال له الاول ، الذى لم يستوف الاجراءات القانونية اللازمة (4) .

.../...

(1) راجع عبد الحي حجازى في المرجع السابق ص176 ، الاستاذ السنهوري الوسيط شرح القانون المدني الجزء 3 ص706 ، بلانيول وريبير شرح القانون المدني الفرنسي الجزء ص 487 .

(2) انظر عبد الحي حجازى المرجع السابق ص177 ، موسوعة دالوز المدنية لسنة 1950 (حوالة الحق) بند 14 .

(3) راجع في هذا المواد القانونية التالية : 241 مدني جزائرى ، 305 مدني مصرى ، و283 موجبات وعقود لبناني ، و1690 مدني فرنسي . وتجدر الاشارة في هذا الصدد الى ان المشرع الفرنسي يشترط ان يتم القبول في وثيقة رسمية .

(4) راجع عبد الحي حجازى في المرجع السابق ص178 ، والسنهوري الوسيط الجزء 3 ص707 ومصطفى الزرقاء شرح القانون المدني السورى الجزء 2 ص389 .

5) من حيث الآثار ، كما يختلف الوفاء مع الحلول عن حوالة الحق من حيث الآثار المترتبة عليهما ، ويظهر هذا الاختلاف في الوجوه التالية :

أ ـ من حيث الضمان : يضمن المحيل في الحوالة بعوض وجود الحق المحال به وقت الحوالة مالم يتفق على غير ذلك (1) ، فاذا تبين انعدام الحق لدى المحال عليه وقت وقوع الحوالة ، رجع المحال له على المحيل بدعوى الضمان ، فيلتزم هذا الاخير بأن يرد للمحال له قيمة الحق كله مع الفوائد والمصروفات ، فضلا عن تعويضه ، من أي ضرر لحق به بسبب انعدام الحق ، بينما في الوفاء مع الحلول اذا وفى الموفى الدين وظهر أن الدين غير موجود فليس له أن يرجع على الدائن على أساس دعوى الضمان بل يرجع عليه بدعوى استرداد ما دفع دون حق ، ولا يكون للموفى ان يسترد الا ما دفعه فعلا للدائن الذى لا يسأل عن الفوائد الا اذا كان سيء النية (2) .

ب ـ من حيث أولوية الاستيفاء : ففي الوفاء مع الحلول اذا دفع الموفى جزءا من الدين وبقي الجزء الاخر ، واراد الرجوع بدعوى الحلول على المدين ، فان الدائن يتقدم عليه فيستوفي الجزء الباقي من حقه ثم يأخذ الموفى ما بقي ، اما في حوالة الحق فاذا باع المحيل جزءا من حقه وابقى الجزء الاخر ، فان المحال له يزاحم المحيل في الرجوع على المدين ولا يتأخر احدهما عن الاخر فيقسم الدين بينهم قسمة غرماء (3) .

.../...

---

(1) انظر نصوص المواد التالية : 244 مدني جزائرى ، و 308 مدني مصرى و 284 موجبات وعقود لبناني ، و 1693 مدني فرنسي .

(2) راجع عبد الحي حجازى المرجع السابق ص 178 ، السنهورى الوسيط الجزء 3 ص 709 وهامشها ، موسوعة دالوز المدنية لسنة 1950 (حوالة الحق) بند 16 ، مارتي ورينو القانون المدني الجزء 2 ص 642 ، وبلانيول وريبير في مرجعهما السابق ص 488 ، وراجع في التمييز بين حوالة الحق والوفاء مع الحلول من حيث الضمان حكما لمحكمة (PONTOISE) الفرنسية بتاريخ 23 ماى 1951 والمنشور بدالوز 1952 ص 65 .

(3) راجع عبد الحي حجازى في المرجع السابق ص 179 ، ومصطفى الزرقاء في المرجع السابق ص 389 ، 390 ، والسنهورى في المرجع السابق ص 709 ومارتي ورينو في المرجع السابق ص 642 .

جـ ـ من حيث مدى الرجوع : في الوفاء مع الحلول لا يستطيع الموفي ان يرجع على المدين الا بالمبلغ الذى دفعه فعلا للدائن ، حتى لو كانت قيمة الدين أكثر من المبلغ الذى دفعه أما في الحوالة فان المحال له يرجع على المدين بكل الحق ولو كان قد دفع مقابلا أقل من قيمة الدين لأنه مضارب يهدف الى الربح (1) .

6) من حيث المحل ، ويختلف الوفاء مع الحلول عن حوالة الحق ، من حيث المحل ، اذ ان المحل في الوفاء مع الحلول ، حق حل أجل استحقاقه ، أما حوالة الحق % فيستوى أن يكون محلها حقا حل أجل استحقاقه أو حقا مؤجلا ، و الغالب أن ترد الحوالة على حق آجل (2) .

7) من حيث الغرض ، كذلك يختلف الوفاء مع الحول عن حوالة الحق من حيث الغرض فحوالة الحق تقوم أساسا على فكرة المضاربة ، سواء بالنسبة للمحيل الذى يضارب على اعسار المدين ، أو بالنسبة للمحال له الذى يضارب على ملاءة المدين بينما الوفاء مع الحلول نظام بعيد عن فكرة المضاربة ، اذ هو بالنسبة للموفي وفاء مجرد لا يقصد منه تحقيق ربح ، وانما اسداء جميل لاقالة المدين من ورطته وعسره .

8) من حيث الوظيفة ، كذلك يختلف الوفاء مع الحلول عن حوالة الحق من حيث الوظيفة ، فوظيفة حوالة الحق هي نقل الحق من المحيل الى المحال له ، وقد وجدت حوالة الحق من أجل تداول الحقوق لا لضمان تحصيلها ، بينما وظيفة الوفاء مع الحلول هي ضمان استيفاء المبلغ المخصص للغير الذى كانت له مصلحة في الوفاء للدائن بحقه ، وقد وجد نظام الوفاء مع الحلول من أجل حماية مصلحة الغير في الرجوع على المدين لا لتداول الحقوق (3) .

.../...

(1) راجع السنهوري في المرجع السابق ص709 ، ومصطفى الزرقاء في المرجع السابق ص286 ، وراجع اسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام الجزء 2 ص400 وعبد الحي حجازى في المرجع السابق ص178 ، وراجع كذلك مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى ص186 .

(2) راجع مصطفى الزرقاء في المرجع السابق ص390 .

(3) راجع عبد الحي حجازى في المرجع السابق ص178 .

المطلـــب الثالـــث

التنازل عن الايجار والايجـار من الباطـــن

لقد استقر الفقه الحديث على أن للمستأجر حقا شخصيا قبل المؤجـــر[1] وطبقا للقواعد العامة التي اصبحت في ظل النظرة المادية للالتزام تجيز التصـرف في الحقوق الشخصية، كما تجيز التصرف في الاعيان ، للمستأجر أن يجرى كافـــة التصرفات على حقه الشخصي ، فله أن يبيعه ، أو يهبه ، أو يرهنه ، أو يوءجره هذا من الناحية القانونية ، أما من الناحية العملية فان التصرفات التي يجريهـــا المستأجر عادة في حقه الشخصي ، هي التنازل (حوالته) عن هذا الحق أو ايجاره من الباطن[2].

والتنازل عن الايجار يتضمن في الواقع عملين قانونيين هما : حوالـــــة المستأجر بوصفه دائنا ، وحوالة التزاماته بوصفه مدينا ، لان المستأجر بتنازلـــه عن الايجار يحيل حقوقه التي بذمة الموءجر التي تتعلق بحق الانتفاع بالعين الموءجرة الى المتنازل له ويحيل في الوقت نفسه الالتزامات المترتبة عليه لصالح الموءجـــر وبالاخص الالتزام بدفع الاجـــرة[3]

.../...

(1) لقد ذهبت بعض المحاكم الفرنسية في منتصف القرن الماضي الى القول بأن حق المستأجر حق عيني لا حق شخصي ، وقد تزعم هذا الاتجاه ونصب نفسه محاميا عنه الاستاذ ترولون "TROLONG" الذى كان رئيسا آنذاك لمحكمة النقض الفرنسية وقد تبعه في ذلك نفر من الفقهاء ، وطائفة من المحاكم ولكن محكمـة النقض الفرنسية قضت على نظرية رئيسها ، وأصبح من المتفق عليه فقها وقضـــاء ان ليس للمستأجر الا حق شخصي في مواجهة الموءجر ، ولا يثبت له أى حق عيني لأن المستأجر ليس له حق على العين الموءجرة ذاتها بل له حق شخصي تجاه الموءجر يستطيع بواسطته ان ينتفع بها (راجع في هذا من أجل التوسع الاستاذ ان السنهورى الوسيط الجزء 6 المجلد 1 ص 631 وما بعدها ، وزهدى يكن شــــرح قانون الموجبات والعقود الجزء 9 المجلد 2 ص 6 وما بعدها).

(2) راجع في هذا الاستاذ السنهورى المرجع أعلاه ص 661 ؛

(3) راجع زهدى يكن المرجع أعلاه ص 10 .

أما حق المستأجر في الايجار من الباطن ، فهو ايجار يصدر من المستأجر للغير فيؤجر لهذا الاخير حق الانتفاع الذى استمد من العقد الاصلي ، فالمستأجـــــر له حق الانتفاع بالعين المؤجرة بمقتضى عقد الايجار الاصلي وهو بدوره يؤجر حقه لشخص ثالث ، فهو ايجار جديد مبني على عقد الايجار القديم (1) .

فالتنازل عن الايجار يعد بيعا أو هبة تبعا لما اذا كان هذا التنازل قد تـم بعوض او بدون عوض ، والايجار من الباطن عقد ايجار ، فالفرق بين التنازل عـــن الايجار والايجار من الباطن يرجع الى طبيعة كل من العملين . ففي التنازل عـن الايجار لا يوجد الا عقد الايجار الاصلي بين المؤجر والمستأجر . أما في الايجار من الباطن فيوجد عقد ايجار اصلي بين المؤجر والمستأجر وعقد ايجار من الباطن بين المستأجر الاصلي والمستأجر من الباطـــن (2) .

ويرتب الفقه على هذا الفرق بين العملين نتائج قانونية غاية في الأهمية سنوجزها :

.../...

(1) راجع زهدى يكن شرح قانون الموجبات والعقود الجزء 9 المجلد 2 ص10 .

(2) وتجدر الاشارة هنا الى أن القانون الفرنسي القديم لم يكن يفرق بين التنازل عن الايجار والايجار من الباطن من حيث طبيعة العمل وانما كان الفـــرق موجودا من حيث المقدار الذى يقع عليه العمل حيث كان يعد ايجارا مـــن الباطن ايجار المستأجر جزءا من العين المؤجرة الزائد عن حاجاته كايجار غرفة للغير . ويعد تنازلا عن الايجار ايجار العين المؤجرة كلها عندمـــا يصبح المستأجر الاصلي لا يحتاج الى العين المؤجرة بسبب انتقاله الى مكان آخر ، أما التقنين المدني الفرنسي ، والقوانين التي مصدرا تاريخيا لها ، فقد فقد اصبحت تفرق بين التنازل عن الايجار والايجار من الباطن راجع في هذا وقارن المواد القانونية التاليـــة / 505 مدني جزائرى ، 593 مدني مصرى ، 584 عقود وموجبات لبناني ، 1717 مدني فرنسي ، والجدير بالملاحظة هنا أن المشرع الجزائرى يختلف عن باقي المشرعين حيث أنه جعل الاصل عدم جـــواز التنازل عن الايجار او الايجار من الباطن الا بموافقة صريحة من المؤجر بينمـــا الاصل في باقي القوانين جواز التنازل عن الايجار والايجار من الباطن مالـــم يتفق على خلاف ذلك ، وألفت الانتباه الى أنه اذا كان الفرق اليوم اصبـــح واضحا بين التنازل عن الايجار والايجار من الباطن والذى يرجع الى طبيعـــة كل من العملين الى أن أول من أقام هذه التفرقة هو الاستاذ ميرلين (عن السنهورى شرح القانون المدني الجـــزء 6 المجلد 1 ص662 وهامش ص663 وكذلك زهدى يكن شرح قانون الموجبات والعقود هوامش ص11 ، 12 ، 13) .

1) ـ في التنازل عن الايجار (حوالة الحق في الايجار) يجب اتباع الاجراءات اللازمة لنفاذ حوالة الحق ، فلا تصبح نافذة في حق المدين (المؤجر الاصلي) الا بأعلانها ، أو قبولها ولا تنفذ في حق الغير الا اذا كان هذا القبول ثابت التاريخ .

وكان من المفروض ان المؤجر قد قبل التنازل عن الايجار ، مادام لم يشترط في عقد الايجار عدم جواز التنازل ، في القانون المصرى ، أما القانون الجزائرى فلا يكتفي بعدم اشتراط جواز التنازل ، بل يتطلب موافقة المؤجر صراحة على هذا التنازل .

وطبقا للرأى السائد في الفقه والقضاء الفرنسي والمصرى التنازل عن الايجار لا ينفذ في حق المؤجر الا من وقت اعلانه بالتنازل أو من وقت قبوله له (1) وبالتالي تبقى العلاقة القائمة بين المؤجر والمستأجر .

أما الايجار من الباطن فيخضع لاحكام عقد الايجار ومن ثمة لا حاجة لاعلانه ويكفي لسريانه في حق الغير أن يكون ثابت التاريخ . بل أن ثبوت التاريخ لا يشترط في سريان الايجار من الباطن في حق المؤجر (2) .

.../...

(1) وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية في هذا المعنى اذ صدر عنها حكم في 4 ماى 1925 منشور بدالوز 1925 . 1 . 141 ، وحكم ثان في 22 اكتوبر 1952 منشور في J.C.P 1953 . 4 . 43 ، وحكم ثالث صدر في 20 جانفي 1954 منشور في J.C.P 1954 . 2 . 47 (عن السنهورى الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 6 المجلد 1 هامش ص 664) وقد نص المشرع اللبناني في المادة 589 على أن التنازل عن الايجار يخضع للاحكام الخاصة بالتنازل عن ديني الدائن ولا يوجد نص قانوني مقابل لهذا النص في القوانين الاخرى (الجزائرى ، المصرى ، الفرنسي) واعتقد ان هذا النص لا يعدو أن يكون تزيدا لا فائدة ترجى منه .

(2) راجع السنهورى في الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 6 المجلد 1 ص 664 ، وزهدى يكن شرح قانون الموجبات والعقود الجزء 9 المجلد 2 ص 4 .

2) ـ في التنازل عن الايجار اذا تنازل المستأجر لاشخاص متعددين فضل منهم من سبق الى اعلان المؤجر بالتنازل الصادر لمصلحته ولااعتداد بوضع اليد • اما في الايجار من الباطن فاذا أجر المستأجر الاصلي لاشخاص متعددين من الباطن فضل منهم من سبق الى وضع يده أو الى تسجيل عقده (1) •

3) ـ في التنازل عن الايجار يتصرف المستأجر في حقه فيجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف • اما في الايجار من الباطن فانه يقوم بعمل من أعمال الادارة فتكفي فيه أهلية الادارة (2) •

4) ـ في التنازل عن الايجار تكون الشروط واحدة فيما بين المؤجر والمستأجر وفيما بين المستأجر والمتنازل له عن الايجار ، اذ في التنازل عن الايجار ينتقل عقد الايجار نفسه من المستأجر الى المتنازل له • أما في الايجار من الباطن فقد تختلف شروط الايجار فيما بين المؤجر والمستأجر عنها فيما بين المستأجر الاصلي والمستأجر من الباطن ، اذ في الايجار من الباطن هناك عقدان كل منهما مستقل عن الآخر

5) ـ في التنازل عن الايجار ليس للمستأجر الاصلي حق امتياز على ما يوجد في العين المؤجرة من منقولات للمتنازل له عن الايجار ، ويكون له حق امتياز البائع على حق الايجار الذي انتقل الى المتنازل له • أما في الايجار من الباطن فيكون للمستأجر الاصلي حق امتياز المؤجر على منقولات المستأجر من الباطن الموجودة في العين المؤجرة (3) •

.../...

(1) راجع السنهوري في المرجع السابق هامش 664 ، انظر كذلك المادة 573 مدني مصري والمادة 485 مدني جزائري •

(2) راجع السنهوري المرجع السابق ص 664 •

(3) راجع السنهوري عقد الايجار ص 501 ، والوسيط الجزء 6 المجلد 1 ص 665 و 710 وزهدي يكن شرح قانون الموجبات والعقود الجزء 9 المجلد 2 ص 15 •

6) ـ للمستأجر من الباطن أن يطلب من المستأجر الاصلي في حالة ايجار الاراضي الزراعية اسقاط الاجرة أو انقاصها اذا هلك الزرع كله أو بعضه قبل حصاده بسبب قوة قاهرة ، وكذلك اذا امتنع عن تهيئة الارض للزراعة أو بذرها ، أو هلك البذر كله أو اكثره بسبب القوة القاهرة (1). اما التنازل له عن الايجار فلا يجوز له أن يطلب شيء من ذلك في علاقاته مع المستأجر الاصلي (2).

7) ـ التنازل عن الايجار يثبت بكافة طرق الاثبات طبقا للقواعد العامة أما الايجار من الباطن فلا يجوز اثباته الا طبقا للقواعد الخاصة المقررة في عقد الايجار هذا اذا كان المراد اثبات الايجار من الباطن فيما بين المستأجر الاصلي والمستأجر من الباطن ، اما فيما عدا ذلك فيجوز اثبات الايجار من الباطن بكافة طرق الاثبات طبقا للقواعد العامة (3).

8) ـ في التنازل عن الايجار لا يستطيع المتنازل له عن الايجار أن يطلب من المستأجر اجراء الترميمات الضرورية . بينما يستطيع المستأجر من الباطن أن يطلب من المستأجر الاصلي اجراء هذه الترميمات (4).

9) ـ في الايجار من الباطن يجوز للمستأجر ان يؤجر العين من الباطن للمؤجر نفسه . اما في التنازل عن الايجار فانه اذا تنازل له عن الأيجار فان هذا يعد تقايلا من الايجار الاصلي .

.../...

---

(1) راجع المواد التالية : 615 و 616 مدني مصري ، 1769 مدني فرنسي .

(2) راجع السنهوري عقد الايجار ص 501 ، والوسيط الجزء 6 المجلد 1 هامش ص 665 .

(3) راجع السنهوري عقد الايجار ص 501 ، والوسيط الجزء 6 المجلد 1 هامش ص 665 .

(4) راجع السنهوري عقد الايجار ص 501 الوسيط الجزء 6 المجلد 1 هامش 665 .

10) في التنازل عن الايجار لا يضمن المستأجر الا وجود الحق المتنازل عنه ، أما في الايجار من الباطن فيضمن المستأجر التعرض الحاصل للمستأجر من الباطن في الحدود المقررة قانونا .(1)

11) في التنازل عن الايجار يسلم المستأجر العين للمتنازل له في الحالة التي هي عليها وقت التنازل ، أما الايجار من الباطن فيسلم المستأجر العين للمستأجر من الباطن في حالة تصلح معها لان تفي بما أعدت له من المنفعة .(2)

12) - في التنازل عن الايجار يرجع المتنازل له على المؤجر بدعوى مباشرة يطالبه فيها بالتزامات المؤجر ، ويرجع المؤجر على المتنازل له بدعوى مباشرة يطالبه فيها بالتزامات المستأجر، أما في الايجار من الباطن فلا يجوز للمستأجر من الباطن أن يطالب مباشرة المؤجر بالتزاماته وكل ما يستطيع هو أن يطالبه بها باسم المستأجر الاصلي بطريق الدعوى غير المباشرة ، ونفس الشيء بالنسبة للمؤجر ، فالاصل أنه لا يجوز له أن يطالب المستأجر من الباطن مباشرة بالتزاماته وانما يجوز له ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة ، وهذا فيما عدا الالتزام بالاجرة فانه يجوز للمؤجر أن يرجع مباشرة على المستأجر من الباطن في حدود ما في ذمة هذا الاخير للمستأجر الاصلي ، وفيما عدا قبول المؤجر للايجار من الباطن بعد حصوله فان لكل من المؤجر والمستأجر من الباطن في هذه الحالة أن يرجع كل منهما مباشرة على الاخر .(3)

وتجدر الاشارة الى أن الفصل فيما اذا كان المستأجر الاصلي قد أجر من الباطن او تنازل عن الايجار خاضع لتقدير محكمة الموضوع ومن القرائن على أن المستأجر قد تنازل عن الايجار أن يكون قد تقاضى ثمن هذا التنازل دفعة واحدة لا على اقساط ، اما في الايجار من الباطن فالاجرة تدفع في العادة على اقساط .(4)

.../...

(1) راجع السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 6 المجلد 1 ص710 .

(2) انظر السنهوري الوسيط الجزء 6 المجلد 1 ص710 وزهدي يكن شرح قانون الموجبات والعقود الجزء 9 المجلد 2 ص16 .

(3) راجع الاستاذ السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 6 المجلد 1 ص746 .

(4) راجع السنهوري ، الوسيط الجزء 6 المجلد 1 هامش ص665 ، وزهدي يكن شرح قانون الموجبات والعقود الجزء 9 المجلد 2 ص17 .

المطلـــــب الرابـــــع

الحوالة والاشـــتراط لمصلحـــــة الغــــير

الاشتراط لمصلحة الغير ، عقد يشترط فيه أحد المتعاقدين ، ويسمى " المشترط " على الطرف الآخر ويسمى " المتعهد " التزاما لمصلحة شخص ثالث ، ليس طرفا في العقد ويسمى " المنتفع " بحيث ينشأ عن هذا العقد حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد .

يمكن لنظام الاشتراط لمصلحة الغير أن يحقق بطريقة غير مباشرة نقل الحـــق كالدائن الذى يشترط على مدينة للوفاء بالدين أن يلتزم في مواجهة اجنبي فيكـون هذا الغير هو المستفيد من الاشتراط الذى تم لمصلحته ، ويصبح دائنا بالحـــق للمتعهد بدلا من المشترط (1) .

ولكن الاشتراط لمصلحة الغير يختلف عن حوالة الحق من الوجوه التالية : -

1) - في الاشتراط لمصلحة الغير لا يوجد الا عقد واحد ، هو الذى تم بين المشترط والمتعهد ، ورتب حقا مباشرا للمنتفع في ذمة المتعهد ، أما في حوالة الحق فهناك عقدان ، عقد ما بين المشترط والمتعهد أى بين الدائن (المحيل) والمدين (المحال عليه) ، ولم ينشأ عنه حق مباشر للمنتفع ، أى للمحال له ، بل أن الحق ينشأ للمشترط نفســه ، والعقد الثاني ما بين المحيـل (المشترط) والمحال له (المنتفع) ، وهــذا هو العقد الذى يستمد منه المحال له حقــه (2) .

2) - في الحوالة يتلقى المحال له حقه من عقد الحوالة مباشرة ، ولذلك يكون لدائني المحيل الطعن في هذا العقد بدعوى عدم النفاذ ، وينفذون على الحق المحال به أما في الاشتراط لمصلحة الغير ، اذا طعن دائنو المشترط في العقد ، فهم يرجعون الى ضمانهم ما دفعه المشترط للمتعهد في مقابل حق المنتفع . ولا شأن لهم بحـــق المنتفــع نفســه (3) .

.../...

---

(1) الاخوة مازو المرجــع السابق ص 1041 .

(2) راجع السنهورى نظرية العقد هامش ص 902 ، الاخوة مازو المرجع السابق ص 1041 .

(3) راجع السنهورى نظرية العقد هامش ص 902 .

3) ولما كان المحال له في الحوالة يتلقى حقه من عقد الحوالة فالمحال عليه أن يتمسك ضده بكل الدفوع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل ، وكذلك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة نفسه (1) ، اما في الاشتراط لمصلحة الغير فالمنتفع لا يكون معرضا الا للدفوع المستمدة من عقد الاشتراط وحده (2) ، لأنه استمد حقه منه ، ولم يستمده من عقد آخر .

4) في الحوالة يستطيع المحال عليه أن يتمسك بالمقاصة اذا أصبح دائنا للمحيل قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حقه ، أما في الاشتراط لمصلحة الغير فان المتعهد اذا أصبح دائنا للمشترط فلا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة بين ماله في ذمة المشترط وما في ذمته للمنتفع (3) .

5) في الاشتراط لمصلحة الغير . المشترط لا يضمن للمنتفع حتى فعله الشخصي لأنه أي المشترط يستطيع أن ينقض قبل أن يفصح المنتفع عن رغبته في الاستفادة من الاشتراط (4) اما في الحوالة فان المحيل يضمن للمحال له وجود الحق المحال به وقت الحوالة ما لم يتفق على خلاف ذلك (5) . ولا يجوز له أن يشترط عدم ضمان افعاله الشخصية .

6) في الاشتراط لمصلحة الغير ، المشترط لا يحول حقا للمنتفع ، بل يشترط لمصلحته حقا يلزم به المتعهد ، فينشأ للغير حق مباشر يستمده من عقد الاشتراط ذاته دون أن ينتقل اليه من المشترط بطريق الحوالة (6) ، بينما في الحوالة يستمد المحال له حقه مباشرة من العقد الذى قام بابرامه فينتقل اليه الحق الذى كان في ذمة المحيل نفسه بكل توابعه وضماناته .

.../...

---

(1) راجع المواد التالية : 248 مدني جزائري ، 312 مدني مصري ، 2/285 موجبات وعقود لبناني .

(2) ، (3) السنهوري نظرية العقد هامش ص 901 ، 902 .

(4) راجع الاخوة مازو المرجع السابق ص 1041 .

(5) راجع المواد التالية : 244 ، 245 مدني جزائري ، 308 ، 311 مدني مصري ، 1693 ، 1694 مدني فرنسي ، 284 موجبات وعقود لبناني .

(6) راجع السنهوري الوسيط الجزء 3 هامش ص 438 ، لاب المرجع السابق ص 58 .
وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا المعنى " بأنه اذا جعل شخص شخصا آخر مستحقا لقيمة التأمين الذى تعاقد عليه مع شركة التأمين ، فهذا اشتراط لمصلحة —

الفصـــــل الثانـــــي

شـــــروط انعقـــاد الحوالـــــة

سبق أن رأينا فيما تقدم ،أن حوالة الحق هي عبارة عن عقد يتفق فيه المحيل والمحال له على نقل حق المحيل الذى في ذمة المحال عليه الى المحال لـــه ، وبالتالي فالحوالة تخضع في قيامها للقواعد العامة في نظرية العقد ، من شــــروط انعقاد وشروط صحـــة .

وشروط انعقاد أى عقد هي : التراضي ،والمحـــل ،والسبب ، ويضاف الى هذا الرسمية في العقود الشكلية ،وذلك بغض النظر عن الخلاف الذى ثار بيــــن الفقهاء حول المحل والسبب ،اذ أن المسلم به حاليا ،انهما عنصران من عناصر الارادة لان الارادة المعتد بها قانونا هي تلك التي تتجه الى التعاقد وهي على بينـــــة من المحل ومدركة للسبب ، والا كانت ارادة غير واعية لا يحفل بها القانون .

ولا يكفي لكي يستقر العقد بصفة نهائية ان يستوفي اركانه ،بل يجب فـــوق ذلك ان تتوافر فيه شروط صحته ،من وجوب سلامة الارادة من العيوب التي قد تشوبها كالغلط والتدليس والاكراه والاستغلال ،ووجوب صدور الرضا عن ذى أهلية ،وباعتبـار الحوالة وسيلة فنية يستعان بها لانجاز عمليات قانونية مختلفة ،كالبيع ،والهبـــة والرهن ،والوفاء بمقابل ، فالاهلية في الحوالة يجب أن تخضع للقواعد الخاصـــة بكل عقد تكون الحوالة اداة لتحقيقه ، كذلك يجب الا يخرج المحل والسبب من نطاق ما يوجبه احترام النظام العام والآداب العامة ،ومحل حوالة الحق هو الحق الذى للمحيل في ذمة المحال عليه ،وأما السبب في حوالة الحق فهو الباعث الدافع الـى التعاقد اى الباعث الذى دفع المتعاقدين الى البيع او الهبة او غير ذلك من الاغراض المختلفة التي تحققهـــا الحوالـــة .

.../...

الغير اشترطه المؤمن له على شركة التأمين لمصلحة المستحق لا يرتب حقـــا للمستحق قبل المشترط او ورثته من بعده بسبب الغاء بوليصة التأميــــن لامتناع المشترط عن دفع اقساطه الا اذا كان الاشتراط قد حصل مقابل حـــق المستحق على المشترط وليس هو حوالة من المشترط للمستحق تفيد بذاتهـــا مديونية المشترط للمستحق بمقابل قيمتها (عن السنهورى الوسيط الجزء 3 هامش ص 438) .

واذا كان المشرع لم يورد في باب حوالة الحق أحكاما خاصة بشروط انعقاد العقد او بسلامة الارادة ،أو بالاهلية اللازمة أو بوجود المحل ومشروعية السبب ،يخرج بها عن القواعد العامة ،مكتفياً بما أورده في باب النظرية العامة للالتزام والعقود ،التي يجب التعويل عليها ،فقد رأيت أن تناول هذه القواعد بالتفصيل في هذا البحث ليس مجديا مادام يمكننا الاحالة عليها في النظرية العامة للالتزام ،وسأقتصر على تناولها باختصار لمجرد التذكير بخطوطها العريضة ، وأحاول التركيز على المسائل الخاصة بهذه القواعد في تطبيقها على عقد الحوالة .

.../...

المبحث الأول

الرضاء

لقد أصبحت الرضائية ، تشكل اللبنة الأساسية التي تتمحور حولها وترتكز عليها كافة التصرفات القانونية التي يجريها الأفراد ، وقد عكف المشرع في مختلف التقنينات المدنية ، على اقرار هذا المبدأ العام مسجلا بذلك آخر ما وصل اليه تطور الفكر القانوني (1) . وهذا خلافا لما كان عليه الوضع في الشرائع القديمة ، اذ كانت الشكلية تحتل الصدارة في جميع الاعمال أو التصرفات القانونية ، فكانت كافية وحدها لانعقاد العقد وانتاجه لكل آثره بغض النظر عن وجود الارادة او انعدامها ، أما اليوم ، فاصبحت الشكلية استثناء لا يرد الاعلى عقود معينة نص عليها المشرع صراحة غير أن مفهوم الشكلية في القوانين الوضعية المعاصرة أصبح مغايرا لمفهومه التقليدي فأصبح حتى عند ما يستوجب القانون توافر الرسمية في بعض العقود ، لا يغني عن وجود الارادة ، وكل ما هناك أن الارادة يجب أن تفرغ في القالب الرسمي الذي فرضه الشارع بنصوص صريحة ، غير أن توافر الشكل المطلوب قانونا ، لا يقوم حائلا دون الطعن في العقد بالبطلان اذا ما تخلفت الارادة أو كانت مشوبة بعيب من العيوب التي تلحقها .

واذا كان غياب الشكلية او تقهقرها قد سمح بسيادة مبدأ الحرية التعاقدية الذي يعطي للافراد مطلق الحرية في اجراء مختلف التصرفات على حقوقهم ، فان هذا المبدأ لا يجري على إطلاقه ، بل ان ارادة الافراد تصطدم بوجوب احترام كل ما تمليه فكرة النظام العام والآداب العامة .

وبما أن حوالة الحق عقد لم يشترط فيه المشرع أي شكل خاص لانعقاده ، فهو بالتالي يخضع للقاعدة العامة في العقود فينعقد بمجرد التراضي بين أطرافه .

.../...

(1) وتنص على ذلك المادة 59 من التقنين المدني الجزائري التي تقابلها وتطابقها المادة 89 مدني مصري التي تقول (يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية) راجع كذلك في هذا الصدد نص المادة 178 من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

وعلى هذا أقسم هذا المبحث الى مطلبين أحاول في الاول تحديد أطراف عقد الحوالة ، وأخصص الثاني لتبيان كيفية صدور الرضا بين المتعاقدين .

المطلب الأول

أطراف الحوالة وأهليتهم

رغم الاختلاف في الصياغة الفنية للمواد التي تحدد أطراف عقد حوالة الحق فان النتيجة الهامة التي اشتركت في اقرار جوهرها جميع هذه المواد هي أن الحوالة عقد يتم بين شخصين لا ثالث لهما ، هما الدائن الاصلي ، الذى يتصرف في حق له في ذمة الغير الى شخص آخر يتعاقد معه ليخلفه في الحق نفسه ، ويصبح دائنا جديدا للمدين بهذا الحق ، ويسمى الدائن الاصلي بالمحيل ويطلق على الدائن الجديد المحال له ، أما المدين بالحق المحال به ويسمى المحال عليه ، فقد أجمعت كل هذه المواد ، سواء صراحة أو ضمنا ، على أنه يعتبر من الغير بالنسبة للعقد الذى تم ابرامه بين المحيل والمحال له ، والذى نقل الحق المحال به الى ذمة هذا الاخير . وفي هذا ينص المشرع الجزائرى في المادة 239 من التقنين المدني ، التي تقابلها وتطابقها المادة 303 من التقنين المدني المصرى على أنه " يجوز للدائن أن يحول حقه الى شخص آخر ... وتتم الحوالة دون حاجة الى رضاء المدين "(1) . أما المشرع اللبناني فقد نص في المادة 280 من قانون الموجبات والعقود على أنه " يجوز للدائن ان يتفرغ لشخص آخر عن دين له ... " أما القانون المدني الفرنسي فينص في المادة 1689 منه على أنه " في نقل دين أو حق أو دعوى على الغير ، يتم التسليم بين المحيل والمحال له بتسليم السند ".

والملاحظ أن المشرعين الجزائرى والمصرى ، بعد تحديدهما لطرفي الحوالة .../...

(1) وقد كانت المادة 349 من التقنين المدني المصرى القديم تنص على أنه " لا تنتقل ملكية الديون والحقوق المبيعة ولا يعتبر بيعها صحيحا الا اذا رضي المدين بذلك بموجب كتابة " وظاهر من هذه المادة ان رضاء المدين ضرورى لانعقاد الحوالة وقد استقى هذا الرأى من الفهم الخاطيء الذى شاع آنذاك في الفقه والقضاء المصرى بأن الشريعة الاسلامية هي أيضا تشترط في حوالة الحق رضاء المدين مع العلم بأن الشريعة الاسلامية اشترطت رضاء المدين في حوالة الدين لا في حوالة الحق

وهما المحيل والمحال له أغراهما الاستطراد فتطرقا الى ذكر المحال عليه وأضفيـــن دوره السلبي في انجاز عقد الحوالة ،فهو يظل بمعزل من تعاقد المحيل والمحـــال له اذ أن الحوالة تتم دون حاجة الى مشاركتـــه .

أما المشرعان اللبناني والفرنسي فقد فعلا حسنا باهمالهما ذكر دور المحال عليه في عقد الحوالة ،اذ أن القواعد العامة كفيلة بتفسير دوره وتحديد مركزه من عقد الحوالة الذى يتم بين المحيل والمحال له ،وهما أى المشرعان اللبناني والفرنسي قد امتازا عن المشرعين الجزائرى والمصرى اللذين وقعا في خطأ فني كبيـــــــر بحيث أنني لازلت أتساءل عن الحكمة المتوخاة من الكلام عن المحال عليه ودوره فـي باب عقد الحوالة فاذا كانا يقصدان جعل دور المحال عليه غير ذى أهمية بالنسبـة للعقد الذى تمت به الحوالة ،فهذا يعتبر حشوا وتكرارا لاطائل منه ولافائدة ترجـى من ورائه اذ أن القواعد العامة كفيلة وحدها بجعل دور المحال عليه سلبيا ،دون حاجة الى النص عليه ،فالتعامل وقع بين المحيل والمحال له .

ولا شأن للمدين المحال عليه به ،فليس له أن يتدخل ،لا أن يكون لارادتـــه أى وزن في انعقاد العقد . فالمحيل حر في اجراء كافة التصرفات في أموالـــــه وثروته بالبيـع أو بالهبة الى أى شخص آخر يقبل التعامل معه في هذا المال ،أو في هذه الثروة دون أن ينتظر في ذلك اجازة او اذنا من الغـــير .

لكن يبدو أن المشرعين الجزائرى والمصرى ،لم يستطيعا بعد أن ينفضـــا منهما المفهوم الشخصي للالتزام ، ذلك انه اذا اخذنا نصوصهمـــا القانونية بمفهوم المخالفة ،فانه ليس للمحيـــل أن يتصرف في حقه الا برضاء المحال عليه ، لكن استثناء يجوز للمحيل ان يتصرف في حقه دون رضاء المحال عليه ،وكأن المشرعين الجزائـــرى والمصرى لم يقبلا حوالة الحق على أســاس المفهوم الاقتصادى للالتزام ،وانما علـــى

.../...

أساس المفهوم الشخصي ، الذى يعتبر الالتزام رابطة قانونية بين شخصين أو أكثر لا يمكن فصلها عنهم ، ولا يجوز التعامل فيها ، واستثناء من ذلك يجوز حوالة الحقوق المتولدة عن هذه الرابطة ، وهذا الاستثناء مصدره نص القانون فلا يجوز التوسع في تفسيره أو تطبيقه ، وأعتقد أن هذا ما يفسر عدم وجود نظام قانوني موحد لانتقال كافة الحقوق دون تمييز بينهما .

وخلاصة القول أن ما ذهب اليه المشرعان الجزائرى والمصرى لا يعدو أن يكون تكرارا للقواعد العامة لاحكمة ترجى من ورائه ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فالنص يعتبر عودة للمفهوم الشخصي للالتزام ، وكل ما هنالك أن رضاء المدين المحال عليه الذى كان يشترط لتمام الحوالة أصبح رضاء لاحقا يشترط لنفاذها لا لقيامهما . وبهذا يكون المشرعان الجزائرى والمصرى قد خالفا القاعدة القائلة بأنه لا يجب على الغير أن يكون ملكيا أكثر من المالك .

وعلى هذا الاساس فان الحوالة التي يترتب عليها استخلاف الخلف للسلف في نفس الحق لا يمكن اجراؤها في الاصل ، الا من صاحب الحق الذى يجب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للقيام بالتصرفات القانونية ، او من وليه الشرعي أو الاتفاقي الذى تكون له الولاية اللازمة للقيام بهذا التصرف ، لأنه اذا كانت الاهلية ضرورية لصحة العقد فالولاية ضرورية لانعقاد العقد باسم الغير ، ويترتب على نقض الاهلية او الخروج على حدود الولاية عقد قابل للابطال .

واذا كانت الاهلية المطلوبة في عقد حوالة الحق تخضع للقواعد العامة فهي تختلف حسب طبيعة العقد الذى تكون الحوالة أداة لانجازه ، فاذا كانت الحوالة بعوض وجب أن تتوفر في المحيل والمحال له أهلية التصرف أما اذا كانت الحوالة تبرعا فيجب أن تتوفر في المحيل الاهلية اللازمة لاعمال التبرع وهي لا تثبت الا للاشخاص البالغين سن الرشد ، فلا يجوز للقصر ومن في

.../...

حكمهم اجراء حوالة لذون موضر، ولو كانوا مميزين لا بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم ، سواء كان وليا ،أو وصيا ،أو قيما ،ولا بأذن احدهم أو اذن القاضي .

وتجدر ملاحظة أن القانون قد نص على حالات خاصة قرر فيها حرمان بعض الاشخاص من أن يكون محالا لهم ،فلا يجوز لهم أن يشتروا لا بأنفسهم ولا بواسطة أشخاص مستعارين ولو كان الشراء بالمزايدة ، الا اذا كان أيديهم ترخيص من القضاء، واذا فعلوا كان عقد الشراء باطلا ، وذلك لاعتبارات عملية ،فلا يجوز للأب او للأم أو الموصي أو القيم أو المشرف القضائي أو الوكيل ، شراء اموال الاشخاص الذين يمثلونهم او يشرفون عليهم ،وكذلك لا يجوز القضاة ومساعديهم أن يشتروا بأنفسهم أو بواسطة غيرهم الحقوق المتنازع عليها والداخلة في حيز اختصاص المحاكم التي يقومون بوظائفهم في دائرتها (1) ، كما قد تقرر عدم أهلية الشخص لأن يكون محيلا ،مثل المفلس بعد صدور الحكم بافلاسه اذ ترفع يده عن أمواله ، ولا يمكنه حوالتها (2) . فهذا المنع من التصرف لا أثر له على أهلية الشخص . وانما فرضه القانون لاعتبارات يراعيها الشارع . وهي تأكيد نزاهة القضاء وصيانة سمعته ، وحماية مصلحة الاصيل التي تتعارض مع مصلحة النائب (3) .

.../....

---

(1) راجع المواد التالية : 402 ، 403 مدني جزائري ، و 471 ، 472 مدني مصري ، و 380 موجبات وعقود لبناني .

(2) راجع موسوعة دالوز المدنية لسنة 1950 (باب حوالة الحق) بند 78 .

(3) راجع عبد المنعم فرج الصده أصول القانون ص 444 .

المطلـــــب الثانـــــي

الـــــتراضـــــــي

ينص المشرع اللبناني في المادة 282 من التقنين المدني على أنه " يتم التفرغ بين المتعاقدين منذ حصول الاتفاق بينهم الا اذا كان هذا التفرغ مجانيا فحينئذ يجب أن تراعى قواعد الشكل المختصة بالهبة بين الاحياء ".

ويتبين لنا أن هذه المادة قد نصت على مبدأ عام وهو أن الحوالة تتم بمجرد التراضي ، ثم أوردت على هذا المبدأ استثناء وهو أن الحوالة يجب أن تفرغ في شكل رسمي اذا كانت بدون مقابل .

بينما لم يرد نص مماثل لهذا النص في باب الحوالة ، في كل من القوانين الجزائرى والمصرى والفرنسي (1) ، يحدد الشكل الذى يجب أن تتم به الحوالة ولهذا يجب أن نستأنس بالقاعدة العامة وهي أن الاصل في العقود الرضائية وأن الاستثناء هو الرسمية . ومعنى هذا أن سكوت هؤلاء المشرعين وعدم ايرادهم لنص مماثل للنص اللبناني لا يعد استبعادا لتطبيقه في هذه القوانين اذ أن فحواه كما قلنا يمكن استخلاصه من القواعد العامة ، وفي نظرى أن المشرع اللبناني كان يمكنه الاستغناء عن هذا النص الذى لا يعدو ان يكون تكرارا لما قرره في القواعد العامة ويمكن استخلاصه دون حاجة الى النص عليه .

كما أن المشرع اللبناني بايراده لهذه المادة قد وقع في تناقض ، ترتب عن نقله غير المتبصر ، اذ أنه ينص في الفقرة الثانية من المادة 282 على أنه اذ كان التفرغ مجانا فيجب أن تراعي قواعد الشكل المختصة بالهبة ، بينما الهبة في القانون اللبناني لا تخضع الى اية شروط شكلية (2) ، ويبدو أن المشرع اللبناني قد وضع هذا

.../...

---

(1) وتنص في هذا الصدد المادة 260 من المشروع الفرنسي الايطالي على أن الحوالة تتم بين المحيل والمحال له بمجرد رضائهما دون أن تشير الى حالة التفرغ المجاني .

(2) راجع المواد من 507 الى 511 المتعلقة بالهبة في قانون الموجبات والعقود اللبناني .

متأثرا بقواعد الهبة المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي التي تشترط أن يتسم عقد الهبة في شكل رسمي لدى الموثق ،لكنه عندما نص على أن عقد الهبة لا يخضع لأى شكل غفل عن رفع نص هذه المادة (1) .

ومن هذا يتبين لنا أن حوالة الحق ،عقد رضائي يتم بين المحيل والمحال له بمجرد تبادلهما التعبير عن ارادتين متطابقتين يقترنان فيما بعد (2) ،أى اقتران ايجاب بقبول مطابق له في جميع عناصره ،ولا يهم ان يكون الايجاب صادرا من المحيل أو من المحال له لان الشيء الاساسي هو اقتران هذا الايجاب بقبول الطرف الاخر المطابق له محيلا كان أو محالا لـه .

وتطبق على الايجاب والقبول القواعد العامة (3) ، فلا يشترط في التعبير عن الارادة أى شكل معين أو أى مظهر خاص ،فللمتعاقدين أن يفصحا عن ارادتهما بالوسيلة التي تحلو لهما مادامت تدل دلالة واضحة على قصدهما ،فيجوز التعبير عن الارادة باللفظ والكتابة،والاشارة المتداولة عرفا او باتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك في دلالته على مقصود صاحبه ،أى أنه يجوز أن يكون التعبير عن الارادة صراحة أو ضمنا .

وكما سبق أن قلت ،ان التراضي المقصود في عقد الحوالة هو التراضي بين المحيل والمحال له ،اذ أن الدور في انجاز عقد الحوالة هو الدور الذى تلعبه ارادتهما ، أما دور المحال عليه فلا يعتد به ،فالمقد ينعقد دون تدخل منه أو رضائه ،وعدم مشاركته في انعقاد عقد الحوالة يبدو أنه شيء منطقي جدا ، اذ أن الفائدة الاقتصادية والقانونية المتوخاة من هذا النظام القانوني لن تتحقق الا اذا كانت الحوالة تتم على هذه الوتيرة ،خاصة أن انتقال الحق من المحيل الى المحال له

.../...

---

(1) انظر في كل هذا زهدى يكن شرع قانون الموجبات والعقود الجزء 6 ص 58 وما بعدها .

(2) راجع في هذا الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1885/10/29 المنشور في 2-1-1885 (GAZ. PAL.) حيث جاء في منطوقه ان " الاتفاق الذى تتم به الحوالة ككل الاتفاقات يكون تاما بين طرفيها بمجرد توافق ارادتهما وانظر كذلك الى الحكم الصادر من محكمة باريس بتاريخ 12-7-1911 والمنشور في دالوز الدورى D P 1913-2-189 .

(3) راجع في هذا نصوص المواد التالية : المادة 60 مدني جزائرى وما بعدها ،المادة 90 مدني مصرى وما بعدها .

دون موافقة المحال عليه ليس من شأنه أن يضر بهذا الأخير لانه يستوى عنده ، أن يدفع قيمة الدين الى أى شخص آخر تنتقل اليه ملكية هذا الدين ، هذا من ناحية ومن ناحية اخرى فانه لا يجوز الاضرار بالدائن الاصلي بحرمانه من التصرف في حقه الى شخص آخر دون أخذ موافقة مدينه الذى لم يوف بدينه لان أجل استحقاق هذا الدين لم يحل بعد ، وقد يكون المدين مماطلا أو معسرا ، وقد يكون الدافع الى هذه الحوالة حاجة الدائن الأصلي الى أمواله ليمول بها مشاريعه الاقتصادية والتجارية .

وفي جميع الاحوال يشترط في انعقاد عقد الحوالة ان يشمل التراضي بين المتعاقدين الاتفاق حول الشيء (الحق المحال به) وحول الثمن اذ أن العقد لا ينعقد في حالة ما اذا عرض أحد الطرفين البيع بثمن معين فقبل المحال له شراء الحق المحال به بثمن أقل ، وكذلك يجب الاتفاق حول طبيعة العقد أي اتجاه ارادة المحيل والمحال له الى البيع ان كانت الحوالة بمقابل (1) .

فالاصل اذن في حوالة الحق انها عقد رضائي لا يخضع في انعقاده الى أى شكل خاص فقد تتم بعقد عرفي ، وقد تتم شفاهة شريطة احترام أحكام القواعد المتعلقة بالاثبات في العقود (2) ، وبالتالي فليس هناك ما يمنع حوالة حق غير ثابت بالكتابة (3) .

واذا كان الاصل في الحوالة أنها عقد رضائي ، فان هذا الاصل لا يجرى على اطلاقه اذ يستثنى منه الحوالة التي تنطوى على عقد يستوجب القانون لانعقاده ، أن يستوفي شكلا معينا ، فحوالة الحق حينئذ لا تنعقد صحيحة الا اذا توافر فيها الشكل

.../...

---

(1) راجع M.PLANIOL ET G. RIPERT. TRAITE PRATIQUE DE DROIT CIVIL FRANCAIS T.7P.495 EMCYCLOPEDIE DALLOZ 1950 (CESSION DE CREANCE) ALINEA 138 et SUITE.

(2) راجع في هذا بلانيول وريبير في مرجعهما السابق ص496 ، وموسوعة دالوز المدنية 1950 (حوالة الحق) بند 139 ، وانظر كذلك الحكم الصادر من محكمة "MONTPELLIER" بتاريخ 1953/1/4 والمنشور 1954.2.71 وطالع عكس هذا الرأى في الحكم الصادر من محكمة "[illegible]" بتاريخ 1855/3/6 والمنشور 1855.2.303 .

(3) راجع الحكم الصادر عن محكمة النقض المصرية في 9 نوفمبر 1931 والمنشور في مجموعة عمر 1 رقم 6 ص14 التي تقول فيه أن استخلاص قيام الحوالة مسألة واقع لا تخضع لرقابة النقض .

المطلوب قانونا (1) . اما اذا كانت الحوالة عبارة عن رهن فهو بالضرورة يكون رهنا حيازيا والرهن الحيازي لا يستلزم لانعقاده أي شكل خاص (2) ، فهو يتم بمجرد التراضي بين المتعاقدين .

واشتراط التسليم للسند المثبت للحق المحال به من طرف المشرع الفرنسي في المادة 1689 ، والمشرع اللبناني في المادة 284 ، ليس القصد منه وضع شرط خاص لصحة انعقاد عقد الحوالة وبالتالي جعل عقد حوالة الحق عقدا عينيا لا يتم الا بالتسليم فالتسليم ليس ركنا في عقد الحوالة ، وانما التزام ترتب عن هذا العقد اذ أن الحوالة تتم صحيحة بمجرد الاتفاق بين أطرافها ، وتسليم السند المثبت للحق المحال به لا يخرج عن كونه تنفيذا للالتزام المترتب على عاتق المحيل ، ليتمكن المحال له من الحصول على الوفاء بقيمة الدين من المدين المحال عليه وليكون وسيلة اثبات بيده (3) ،

.../...

(1) أقول هذا استنادا الى القواعد العامة التي سبقت الاشارة اليها . وبما أن عقد الهبة في التقنين المدني الفرنسي عقد شكلي لا يتم الا بكتابة رسمية ، فان الحوالة المجانية في هذا القانون لا تتم الا بعقد رسمي (راجع المادة 931 مدني فرنسي) اما القانون اللبناني فبالرغم من وجود نص المادة 282 فان الحوالة بدون مقابل لا تخضع الى أي اجراء شكلي ، ذلك أن عقد الهبة في القانون اللبناني عقد رضائي كما سبق أن أشرت الى ذلك (راجع المادة 507 وما بعدها عقود وموجبات لبناني) . اما المشرع المصري فلا يشترط الرسمية الا في هبة العقار ، والحوالة كما نعرف لا تقع الا على حق شخصي (راجع المادة 488 مدني مصري) اما في القانون الجزائري فيجب أن نطبق مبادئ الشريعة الاسلامية كما سبق ان أشرت الى ذلك وبالتالي فان الهبة عقد رضائي .

(2) ذلك أن الرهن الرسمي لا يرد الا على العقارات ، أما الرهن الحيازي ، فيرد على العقارات والمنقولات على حد سواء ، وبما أن الدين يعد منقولا فيرد عليه الرهن الحيازي وتتحور أحكامه بما يتفق مع طبيعة الدين فيقع رهن الدين صحيحا بتوافق الايجاب والقبول بين الراهن والمرتهن ولكنه لا ينفذ في حق المدين الا باعلانه به أو قبوله أياه ولا يكون ساريا في حق الغير الا اذا كان هذا القبول ثابت التاريخ ، وتجدر الاشارة هنا الى أن هذه الاحكام أي أحكام نفاذ الرهن تختلف باختلاف ما اذا كان الدين المرهون ثابتا في سند عادي او ثابتا في سند اسمي او ثابتا في سند لحامله ، وسأرجع الى هذه النقطة بشيء من التفصيل في المكان المناسب .

(3) راجع الاخوة مازو ودوروس في القانون المدني الجزء 2 ص 1028 وبوريس ستارك " القانون المدني ص 698 ، وكولان وكابيتان شرح القانون المدني الجزء 2 ص 465 ، ومارتي ورينو القانون المدني الجزء 2 ص 811 ، ===

واعتقد ان المشرعين الجزائري والمصري قد فعلا حسنا بعدم النص على الالتزام بالتسليم في باب الحوالة ، لان هذا الالتزام تتكفل بترتيبه القواعد العامة ، واذا كان المشرعان اللبناني والفرنسي قد نصا عليه فانهما لم يفعلا أكثر من ترديد مبادئ القواعد العامة ، هذا الترديد الذي لم يكن في محله والذي قد يوهم بأنهما يشترطان التسليم لانعقاد العقد .

وتجدر الاشارة الى أنه لكي يستقر عقد الحوالة نهائيا يجب أن تكون ارادة الطرفين المتعاقدين ، أي المحيل والمحال له خالية من كل العيوب التي تشوب الارادة كالغلط والتدليس والاكراه والاستغلال ، ذلك أن الارادة المعيبة بأحد هذه العيوب تجعل عقد الحوالة قابلا للابطال لصالح من كانت ارادته معيبة ، وتطبق في هذا الشأن القواعد العامة ، ولا ينبغي الا أن أحيل عليها كل طالب للتوسع .

.../...

وكلا نيول وريبير شرح القانون المدني الفرنسي الجزء 7 ص495 ، وراجع كذلك الحكم الصادر من محكمة الجزائر بتاريخ 1893/11/25 والمنشور بدالوز الدوري (D.P) 502.2 . 1894 .

المبحث الثاني :

محل حوالة الحق

اذا صح لنا أن نتساءل عن محل حوالة الحق ومجال تطبيق قواعد هذا النظام القانوني ، فاننا ننتهي الى اجابة مزدوجة ، ذلك أن لحوالة الحق مجالين مختلفين ، مجالا رسميا ومجالا واقعيا أو فعليا .

فمحل حوالة الحق الواقعي او الفعلي هو كل الحقوق التي كان من المفروض أن يشتمل عليها هذا النظام القانوني ، فتماشيا مع منطق الاشياء ، كان يجب أن يمتد سلطان قواعده ليحكم الاستخلاف بين الاحياء في جميع الحقوق دون تمييز بينها لا من حيث محلها ، ولا من حيث مصدرها ، ولا من حيث طبيعتها فيكون بذلك موضوعا واسعا ومتكاملا يشكل بالفعل أحد أعم وأخصب الانظمة القانونية المعاصرة التي تعكس بصدق ذروة تطور الفكر القانوني .

أما المحل الرسمي لحوالة الحق ، فهو الذي يمكن تحديده بالاسترشاد بما أورده المشرع في التقنينات المدنية ، وهو مجال ضيق للغاية اذ أنه لا يكفي ، أن يكون هناك استخلاف في الحق ، لاعمال قواعد هذا النظام ، بل يجب أن يكون الاستخلاف قد تم بين الاحياء ، وأن يكون محل هذا الاستخلاف حقا شخصيا ، بل انه لا يكفي ان يكون حقا شخصيا فقط بل يجب ان يكون حقا شخصيا مدنيا ، أي أن قواعد هذا النظام لا يمكن أن تدب فيها الحياة الا اذا كنا أمام الاستخلاف في حق لا يوجد نص خاص يحكمه .

ذلك أن المشرع قد وضع احكاما خاصة وحتم مراعاتها لانتقال الحقوق العينية من مالكها الى الغير ، ومن ذلك وجوب تسجيلها في السجل العقارى لتكون سارية بين المتعاقدين وبالنسبة الى الغير . بل أن المشرع قد ذهب الى التمييز حتى في حوالة الحقوق الشخصية فاخضع حوالة الحقوق الشخصية المدنية الى أحكام الحوالة المنصوص عليها في التقنين المدني اما حوالة الحقوق الشخصية التجارية فقد أخضعها لقواعد خاصة أوردها في التقنين التجارى حيث تتم حوالتها بالمناولة أو بالتظهير .

.../...

والخلاصة اذن هي ، أن محل حوالة الحق حسب ما أوردته التقنينات المدنية هو الحقوق الشخصية المدنية دون غيرها ، والاصل في الاستخلاف أن يرد على كل الحقوق الشخصية أيا كان محلها ، وان الغالب فيها أن ترد على حق شخصي محله استيفاء مبلغ من النقود . وليس هناك أي مانع من وروده على حق شخصي محله عمل كحق الموعود له بالبيع في ابرام عقد البيع ، أو يكون محله امتناعا عن عمل كحق مشترى المتجر في عدم منافسة البائع له ، فالشرط الأساسي هو أن يكون الاستخلاف قد ورد على حق شخصي لا على حق عيني ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون هذا الحق الشخصي معلقا على شرط او مضافا الى أجل ، ولا يهم أن يكون حقا موجودا أو مستقبلا ، ويجوز كذلك أن يكون حقا شخصيا متنازعا فيه .

غير أن المشرع قد أورد على هذا المبدأ العام ثلاثة استثناءات استبعد فيها انتقال الحق الشخصي نهائيا . فنص المشرع الجزائرى في المادة 239 من تقنينه المدني التي تقابلها وتطابقها المادة 303 مدني مصري على أنه : " يجوز للدائن ان يحول حقه الى شخص آخر الا اذا منع ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين او طبيعة الالتزام "

ويضيف المشرع الجزائرى في المادة 240 من تقنينه المدني التي تقابلها وتطابقها المادة 304 من التقنين المدني المصرى " لا تجوز حوالة الحق الا اذا كان قابلا للحجز".

أما المشرع اللبناني فقد نص في المادة 280 من قانون الموجبات والعقود على أنه " يجوز للدائن أن يتفرغ لشخص اخر عن دين له الا اذا كان هذا التفرغ ممنوعا بمقتضى القانون ، أو بمقتضى مشيئة المتعاقدين أو لكون الموجب شخصيا محضا وموضوعا بين شخصين معينين على وجه لا يقبل التغيير.

وتجدر ملاحظة أن المشرع الفرنسي لم يورد مثل هذا النص في تقنينه المدني وأعتقد أنه حسنا فعل ، ذلك أن القيود التي أوردها المشرع العربي على الاستخلاف الخاص في الحقوق الشخصية لا تخرج عن كونها تزيدا لا فائدة ترجى منه لانه ترديد لما قررته القواعد العامة وكان في الامكان تطبيق هذه القيود دون النص عليها .

.../...

وعلى هذا الأساس رأيت أن أقسم هذا المبحث الى شطرين أتناول فيهما على التوالي الحقوق الشخصية القابلة للحوالة ثم الحالات التي يكون فيها الحق الشخصي غير قابل للحوالة •

.../...

المطلب الأول

الحق الشخصي القابل للحوالة

تأسيسا على أن الدين ، أصبح اليوم عبارة عن قيمة مالية في ذمة صاحبه كباقي القيم المالية التي تتكون منها ذمته المالية ، رأينا أن كل المواد القانونية الآنفة الذكر نصت على اجازة حوالة الحق الشخصي من المحيل الى المحال له .

وقد لاحظ القضاء الفرنسي أن نصوص هذه المواد لها مفهوم عام ، يشمل كل الحقوق غير المادية فكل الحقوق المعنوية أى كل حق أو كل دعوى تتعلق بشيء قابل للتعامل فيه يمكن أن يكون محلا للحوالة بشرط ألا يكون ممنوعا بنص القانون أولا يكون خارجا عن دائرة التجارة (1)

ولو أنه يغلب أن يكون الحق الذى ترد عليه الحوالة هو حقا نقديا ، يكون موضوعه اقتضاء مبلغ من النقود (2) . لكن ليس هناك ما يمنع من ورود الحوالة على حق محله استيفاء عمل من الاعمال فيجوز للمستأجر وهو دائن المؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة ، أن ينزل عن حقه الى شخص آخر ولو أن هذا الحق يخضع في انتقاله للقواعد الخاصة بالتنازل عن الايجار (3) ، وقد يكون محل الحوالة امتناعا عن عمل كحق المشترى الذى اشترط على بائع متجر عدم المنافسة بفتح متجر مماثل في نفس المنطقة ، فاذا تنازل المشترط لشخص آخر عن هذا المتجر فانه يعتبر قد حول له في نفس الوقت حقه الشخصي قبل البائع ، كما يجوز للموعود له أن يحول حقه قبل الواعد ، سواء كان الوعد وعدا بالبيع أو وعدا بالشراء وسواء كان الوعد ملزما

.../...

(1) راجع في هذا الحكم الصادر من محكمة باريس بتاريخ 1934/12/12 والمنشور 1935 ـ 89 .

(2) راجع حكمين لمحكمة النقض الفرنسية ، الأول صدر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1946/12/09 ، والمنشور 343/2/1947 والثاني صدر عن الغرفة التجارية بتاريخ 1952/7/15 والمنشور بدالوز 1952 ـ 704 .

(3) غير أن هناك حكما صادرا عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1925/5/4 اعتبرت فيه أن حوالة المستأجر لحقه في الانتفاع بالعين المؤجرة تعتبر حوالة حق وتخضع للاجراءات القانونية المقررة في باب الحوالة حتى تكون نافذة في حق المدين والغير .

للجانبين أو ملزما لجانب واحد ، كما تجوز حوالة كل العقد بما ولده من حقوق والتزامات وقد يكون محل الحوالة هو عبارة عن اعطاء شيء معين كتسليم الوديعة أو الشيء المبيع ، بل ليس هناك ما يمنع من أن يكون محل الحوالة شيئا منقولا كان أو غير منقول مثليا كان أو معينا بالذات بشرط أن يكون الحق على الشيء حقا شخصيا لا حقا عينيا (1) .

فالشيء الاساسي اذن في الحق المحال به هو يجب أن يكون حقا شخصيا ويستوى بعد ذلك أن يكون هذا الحق الشخصي منجزا أو معلقا على شرط أو مضافا الى أجل ، بل أن أكثر ما ترد الحوالة عليه هي الحقوق المؤجلة ، ويستوى كذلك أن يكون الحق مثبتا في سند خطي كحكم قضائي أو سند مسجل لدى الموثق أو سند عرفي أو حق غير مدون أصلا (2) ، ويجوز أن يكون الحق الشخصي محل الحوالة متنازعا فيه أو خاليا من النزاع ، وأن يكون مقدر القيمة أو غير مقدر القيمة ، ويجوز أن يكون حقا موجودا او مستقبلا فتجوز حوالة الحق الذى لا دليل عليه الا البينة أو القرينة ولا يهم اذا كان هذا الحق حقا مدنيا أو حقا تجاريا (3) .

.../...

---

(1) راجع عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 3 هامش ص 450 ، وراجع حكم لمحكمة النقض الفرنسية صدر بتاريخ 1922/2/21 والمنشور بمجلة القصر (1922ـ1ـ535) .

(2) أنظر زهدى يكن شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني الجزء 6 ص 38 ، السنهوري المرجع السابق 451 ، شفيق شحاتة حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص 18 ، مصطفى أحمد الزرقاء شرح القانون المدني السوري الجزء 2 ص 294 .

(3) مع العلم بأن حوالة الاوراق التجارية تخضع لقواعد خاصة غير قواعد حوالة الحق المدنية التي سيأتي على ذكرها .

أولا : حوالة الحقوق المستقبلة

لقد اجاز الفقه في كل من فرنسا ومصر في اجتهاداته ، التعامل في الحقوق المستقبلة وتبعه في ذلك القضاء غير أن اجتهاد القضاء كان متذبذبا في موقفه فيما يعتبر مالا مستقبلا يصلح للتعامل فيه ، وخاصة فيما يتعلق بالحقوق الشخصية ، فنجده قد فرق بين حالات انعدام الحق أصلا (NEANT MATERIEL) ، وحالات الحقوق المستقبلة (DROITS FUTURS) فأجاز التعامل في الحالات الاخيرة دون الاولى ، واشترط لاعتبار الحق حقا مستقبلا يجوز التعامل فيه ، وحوالته أن يكون هذا الحق بدأ وجوده ، أو أن يكون قد وجد العمل القانوني الذى يصلح أن يكون أساسا لهذا الحق المستقبل

(QU'IL AIT DEJA UN COMMENCEMENT OU QU'UN ACTE JURIDIQUE SERVE DE FRONDEMENT OU DE GERME A LA CREANCE FUTURE...)

والغرض من هذا التشدد الذى أظهره القضاء الفرنسي هو تحصين المدينين ، والدائنين ضد ميلهم الى المضاربة على الحقوق المستقبلة والى الاستهانة بهما ، (2) فقد قضت محكمة باريس في حكم لها بتاريخ 31/1/1854 أنه لا يجوز للمؤلف الذى لم يضع مؤلفه بعد أن يحول حقه على هذا المؤلف ، الا اذا كان هناك اتفاق سابق بين المؤلف ، ودار للنشر ، وفي 27 نوفمبر من نفس السنة أصدرت حكما آخر يقضي بعدم جواز حوالة حق المؤلف على مؤلفه قبل نشره ، (3)

كما قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 7/8/1843 بأنه لا يجوز للمقاول حوالة حقه في ثمن الاشغال التي سيقوم بها طالما أنه لم يتم التعاقد على الصفقة التي تخوله الحق على هذا الثمن (4) ، كما قضت محكمة السين بتاريخ 21/12/1911 ، بأن مدير مكتب التوظيف لا يجوز له أن يحول حقه في التعويض بسبب الغاء المكتب قبل أن يصبح القانون الذى يأمر بهذا الالغاء منشور (5)

.../...

---

(1) راجع على الخصوص ديموج (DEMOGUE) في مقاله حول الحقوق الاحتمالية المنشور في المجلة الفصلية للقانون المدني لسنتي 1905 ، 1906 وكذلك تعليق وال (WAHL) على الحوالة الخاصة للحقوق الاحتمالية المنشور بسيرى 1896/2/185 ، والاستاذ السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 1 ص 377 .

(2) راجع في كل هذا الاستاذ سليمان مرقس عقد البيع ص 139 .

(3) هذان الحكمان الاول منشور بدالوز 1855 . 2 . 179 ، والثاني منشور بدالوز 1856 . 2 . 253 .

(4) راجع هذا الحكم بسيرى 1843 . 1 . 775 .

(5) راجع هذا الحكم في مجلة القصر (1912 . 1 . 350 .

ويلاحظ أن كل هذه الاحكام كانت تشترط تحقق العمل الاصلي الذى يسمح بنشوء الحق ،فمجرد الامل لا يكفي في حد ذاته لوجود قيمة مالية قابلة للتحويل ،غير أن القضاء الفرنسي لم يستقر على هذا الرأى بل لقد أصدر أحكاما أخرى أقل قسوة وتشددا، أجاز فيها حوالة الحق الاحتمالي قبل أن يتحقق أى عنصر من عناصره (1) فقضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 26٠5٠1886 بصحة حوالة الشريك في الشيوع نصيبه في الثمن الذى يرجع له من بيع العقار الشائع بالمزاد لعدم امكان قسمته (2) ، كما أجازت في حكم آخر لها بتاريخ 6ـ7ـ1887 حوالة أسهم شركة قبل أن يتم اصدارها وذلك من طريق بيعها (3) وكذلك قضت بصحة حوالة الحق في التعويض قبل وقوع الحادث (4) ٠

وقد حرص المشرع ، في كل من الجزائر ، ومصر ، وفرنسا ، ولبنان على اجازة التعامل في الاموال المستقبلة بنص صريح ،حيث ينص المشرع الجزائرى في الفقرة الاولى من المادة 92 من تقنينه المدني على أنه : " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا " بينما ينص المشرع المصرى في الفقرة الاولى من المادة 131 من تقنينه المدني على أنه : " يجوز أن يكون الالتزام شيئا مستقبلا " بينما ينص المشرع اللبناني في المادة 188 من تقنين الموجبات والعقود التي تقابلها المادة 1130 من التقنين المدني الفرنسي

٠٠٠/٠٠٠

(1) راجع بلانيول وريبير شرح القانون المدني الفرنسي الجزء 7 ص 493 والسنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 3 ص 453 ،وزهدى يكن شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني الجزء 6 ص 48 ٠

(2) انظر هذا الحكم في سيرى 1886ـ1ـ256 ،وراجع موسوعة دالوز المدنية لسنة 1950 (باب حوالة الحق) بند 53 ٠

(3) راجع هذا الحكم في سيرى 1887ـ1ـ294 ٠

(4) لقد صدر هذا الحكم كذلك عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1891/3/17 وهو منشور بسيرى 1895ـ1ـ444 (من بلانيول وريبير في مرجعهما السابق ص 493) ٠

علـى أن : " الأشياء المستقبلة يجوز أن تكون محل الالتزام " (1) .

ويتبين لنا من هذه النصوص أن الأصل العام هو جواز التعامل في الاموال المستقبلة أيا كان نوع هذا التعامل ، وأيا كان المال المستقبل وبناء على ذلك يجوز التنازل عن الحقوق التي لم توجد بعد .

ويلاحظ أن المشرع الجزائرى ، قد وقع في تناقض مع نفسه وخرج عما قررته باقي التقنينات المدنية اذ أنه يشترط في المادة 92 الآنفة الذكر أنه لا يصح التعامل في الاشياء المستقبلة الا اذا كانت هذه الاشياء محققه الوجود ، وهذا الشرط غير موجود لا في القانون الفرنسي ولا في القانون المصرى ولا في القانون اللبناني ، وهو شرط غير سليم ولا يتلاءم مع الاحكام التي أوردها في مختلف العقود لان القانون المدني الجزائرى ينص على العقود الاحتمالية ومحل هذه العقود كما هو معروف قد يتحقق وقد لا يتحقق (2) . اذ تقول الفقرة الثانية من المادة 57 من التقنين المدني الجزائرى على أنه : " اذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ ربح ، أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق فان العقد يعتبر عقد غرر " .

ويلاحظ أن المشرع اللبناني قد نص في الفقرة الاولى من المادة 281 من تقنين الموجبات والعقود على أنه : " يجوز التفرغ من حقوق معلقة بظرف ما ، أو تكون استقبالية محضة " . وأعتقد أن هذه المادة التي أوردها المشرع اللبناني أثناء كلامه على حوالة الحق تعد عيبا فنيا ، اذ أنها لا تخرج عن كونها لغوا وتزيدا لا فائدة منه لانه سبق ان نص على جواز التعامل في الاموال المستقبلة وكان في امكانه عدم تكرارها مرة أخرى . بل اني أعتقد انه كان في الامكان الاخذ بها حتى لو كان المشرع لم ينص على حكمها نهائيا ذلك أنه بتكليف انفسنا مؤونة الرجوع الى القواعد

.../...

---

(1) Art.1130. Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.

(2) راجع في كل هذا تعليقا على شرط التحقيق الوارد في القانون الجزائرى لاستاذنا الدكتور علي علي سليمان منشورا بجريدة الشعب بتاريخ 10 جوان 1979 عدد 4850 .

العامة والوقوف على الارادة الحقيقية للمشرع يجعل التعامل في الاشياء المستقبلة أمرا مقبولا مادام أنه ليس هناك في هذه التقنينات نص يحرم وقوع الحوالة على حق مستقبل ، ذلك أن الأصل في الأشياء الاباحة ، والاستثناء هو التحريم ، وما النصوص التي أوردها المشرع الا تأكيد لهذا المبدأ العام .

وقد أورد المشرع في الفقرة الثانية من المواد السالفة الذكر استثناء على القاعدة العامة ، وهو عدم جواز التعامل في تركة انسان على قيد الحياة ولو برضاه ، هذه القاعدة التي ترجع في أصلها الى القانون الروماني الذى كان يعد التعامل في التركات المستقبلة مخالفا للاداب ، لان من يتعامل في تركة شخص لا يزال حيا انما يضارب على موته ، ويعد كذلك مخالفا للنظام العام اذ هو خليق أن يغرى صاحب المصلحة بالتعجيل بموت المورث ، فلا يجوز التنازل عن ارث غير مستحق ولا انشاء أى عقد على هذا الارث أو شيء من أشيائه ولو رضي المورث بذلك وكل ضرب من التعامل في تركة انسان على قيد الحياة يعد باطلا بطلانا مطلقا الا في الاحوال التي يبيح فيها القانون ذلك كالايصاء مثلا (1) .

.../...

(1) وتنص الفقرة الثانية من المادة 92 مدني جزائرى التي تقابلها وتطابقها الفقرة من المادة 131 مدني مصرى حيث تقول " غير أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه الا في الاحوال المنصوص عليها في القانون " أما القانون الفرنسي فيقضي في الفقرة الثانية من المادة 1130 التي تقابلها وتطابقها الفقرة الثانية من المادة 188 مدني لبناني حيث تقول : " انما لا يجوز التنازل عن حقوق التركة التي لم تفتح بعد ولا اجراء أى تعامل بشأنها ولو برضاء صاحب التركة "

On ne peut cependant renoncer a une succession non ouverte ,ni faire aucune stipulation sur une pareille succession,même avec les consentement de celui de la succession duquel il s'agit.

والملاحظ أن القانونين الجزائرى والمصرى يختلفان في هذا الصدد عن القانون الفرنسي واللبناني اذ يبيحان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة اذا كان المشرع قد أباح ذلك تماشيا مع مبادئ الشريعة الاسلامية التي تبيح الايصاء ولا تعتبر الوصية نوعا من الميراث ، بينما المشرع الفرنسي لم يبح التعامل في التركة حتى لو سمح بذلك المشرع بنصوص خاصة ذلك أن الوصية مثلا تعتبر نوعا من الميراث في القانون الفرنسي وليست ادرى لماذا جارى المشرع اللبناني المشرع الفرنسي فيما ذهب اليه .

ثانيا : حوالة الحقوق المتنازع عليها

لقد أجاز القضاء سواء في مصر أو في فرنسا حوالة الحق الشخصي حتى ولو كان حقا متنازعا فيه ، ويعتبر الحق متنازعا فيه حسب ما ذهب اليه القضاء الفرنسي بمجرد تقديم طلبات المدعى عليه وسماع دفاعه في أساس الحق ، فلا يكفي لاعتبار الحق متنازعا فيه رفع دعوى به أمام القضاء (1) . أما القضاء المصرى فيعتبر الحق متنازعا فيه اذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى او قام في شأنه نزاع جدى (2) . وفي نظرى لا محل للتشدد الذى يذهب اليه القضاء الفرنسي في اعتبار الحق متنازعا فيه ، بل ان سلوك القضاء المصرى في هذا الصدد ومعياره في اعتبار الحق متنازعا فيه أقرب الى منطق الاشياء وأكثر تعبيرا عن طبيعة هذا الحق وحالته القانونية .

أما التشريع فقد أجاز هو بدوره حوالة الحقوق المتنازع فيها ، حيث ينص المشرع اللبناني في المادة 2/281 من تقنين الموجبات والعقود على أنه " يصح التفرغ عن حق متنازع عليه أقيمت دعوى الاساس في شأنه بشرط أن يرضى المدين ... على أنه لا يمكن التملص من المتفرغ له حين يكون لديه سبب مشروع في احرازه الحقوق المتنازع عليها كأن يكون وارثا مع المتفرغ او شريكا له في ملك او دائنا له " ، وينص المشرع الفرنسي في المادة 1699 على أنه يجوز للمحال عليه بحق متنازع فيه أن يتخلص من مطالبة المحال له اذا رد اليه الثمن الحقيقي الذى دفعه للحوالة مع المصروفات والفوائد من يوم قيامه بدفع ثمن الحوالة وتنص المادة 700 من القانون الفرنسي كذلك على أن " الشيء يكون منازعا فيه حين ترفع دعوى في شأنه ويقوم نزاع حول أساس الحق " غير أن المشرع الجزائرى والمصرى لم يوردا نصوصا مماثلة لنصوص المشرع اللبناني والفرنسي في باب الحوالة ، بل أوردا النصوص المتعلقة بالتعامل في الحق المتنازع عليه في باب البيع ، ولكن هذا لا يمنع من تطبيق هذه النصوص

.../...

(1) راجع حكم محكمة باريس الصادر بتاريخ 1939/3/23 والمنشور بدالوز الأسبوعي 1939 ، 279 وأنظر على الخصوص حكما لمحكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1969/10/30 والمنشور بدالوز 1969 . 80 .

(2) راجع استئناف مختلط 1/2/1905 محاماة 17 ص 93 وحكما لمحكمة النقض المصرية 1950/1/19 مجموعة أحكام النقض 1 رقم 55 ص 198 (من السنهورى، ص 456) .

في باب الحوالة ، لأن الحوالة بعوض بيع حيث تنص المادة 400 من التقنين المدني الجزائري ، التي تقابلها وتطابقها المادة 469 من التقنين المدني المصري على أنه " اذا تنازل شخص عن حق متنازع فيه فللمتنازل ضده أن يتخلص من هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي والمصاريف الواجبة .

ويعتبر الحق متنازعا فيه اذا رفعت من أجله دعوى أو كان محل نزاع جوهري "(1)

ويتبين لنا من كل هذه النصوص أن المشرع قد حسم الموقف باجازته صراحة لحوالة الحق المتنازع فيه ، كما أجاز الحقوق الثابتة لاصحابها ، أو الخالية من النزاع ، ولو أنه يبدو غير مستريح للتعامل في هذه الحقوق ، الشيء الذي جعله ، بالرغم من اباحته حوالة الحق المتنازع فيه ، يخرج على القاعدة المقررة في الحوالة من حيث الاثر ، ويخضع حوالة الحق المتنازع فيه لاحكام خاصة بنصه على تدابير قانونية لحماية المدين اذ أجاز له التخلص من مطالبته المحال له ورخص له أن يحل محله في الحق المحال به لقاء دفعه للثمن الحقيقي الذي تمت به الحوالة ، وملحقاته من مصاريف وفوائد ، ذلك أن القانون لا يحمي المحال له السيء النية الذي أراد الاستفادة من وضع الدائن مشتريا الحق المتنازع فيه بأقل الاثمان ومستعملا فيما بعد جميع الوسائل الممكنة لاكراه المدين على دفع قيمة الدين الحقيقية الشيء الذي جعل المشرع يسمح للمحال عليه أن يسترد الحق المتنازع فيه اذا أعلن رغبته في ذلك سواء كان ذلك بعمل قضائي أو بعمل غير قضائي .(2)

والحكمة التي توخاها المشرع من هذا القيد ، هي الرغبة في منع المضاربة في وضع حد للمنازعات ، اذ أن من يشتري حقا متنازعا فيه ، يغلب عليه أن يكون مضاربا على احتمال كسب الدعوى المتعلقة بهذا الحق ، وليس هذا النوع من المضاربة مما يستحق التشجيع ، بل بالعكس تجب محاربته ، لان من شأنه ان يوسع المنازعات وأن يدخل فيها عناصر غريبة عنها عادة مدفوعة بعامل الطمع والجشع والحصول على أرباح كثيرة ، مستغلة في ذلك وضع المحيل والمحال عليه .(3)

.../...

---

(1) ويلاحظ أن النص الفرنسي للمادة 400 من التقنين المدني الجزائري تشترط أن يكون النزاع جديا Constestation Serieuse غير أن النص العربي ترجم كلمة Serieuse بكلمة " جوهري " فأخطأ في الترجمة والاصح ان تترجم بكلمة " جدي " وبهذا تكون مطابقة تماما لنص القانون المدني المصري .

(2) راجع في هذا الخصوص سليمان مرقس عقد البيع ص 571 .

(3) انظر السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 3 ص 456 ، وزهدي يكن

غير أنه يستثنى من هذا الحكم الحالات التي تنتفي فيها فكرة المضاربة عند ما يكون للمشترى سبب مشروع في احراز الحق المتنازع فيه كأن يكون وارثا أو شريكا أو دائنا للمحيل .(1)

وتجدر ملاحظة أن المشرع اللبناني قد امتاز في هذا المقام عن كل من المشرع الجزائرى والمصرى والفرنسي ، ذلك أن نص المادة 2/281 اشترط لاتمام حوالة الحق المتنازع فيه رضاء المدين ، فيكون المشرع اللبناني خلافا لباقي المشرعين قد خالف أحكام حوالة الحق عند تكوين العقد فنص على رضاء المدين ، وهذا يعتبر اجراءا وقائيا يتصدى لدرء الخطر ويحاربه قبل وقوعه ، بينما المشرع الفرنسي والمصرى والجزائرى نص على اجراء علاجي ولكنه يزج بالمدين في مشاكل عويصة مع المحال له ويتطلب منه تخلصه من مطالبته متاعب كثيرة ومصاريف باهضة وباهضة ، وخاصة أنه يفترض أن المحال له الذى قبل شراء حق متنازع فيه هو شخص محترف وله دراية كبيرة في ميدان التقاضي .

ثالثا : حوالة الحق الناشيء عن عقد ملزم للجانبين

سبق أن قلنا أن حوالة الحق ، بين الاحياء لم تعد تستثير أى نقاش ، لكن الشيء الذى لا زال يثير نقاشا كبيرا هو حوالة الحق الناتج عن عقد ملزم للجانبين لان هذا العقد ينشيء التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، كالبيع ، يلتزم فيه البائع بنقل الملكية ويلتزم فيه المشترى بدفع الثمن وبالتالي فان تحويل الحق وحده يؤدى الى المساس بهذه الالتزامات المتقابلة ويخلق اختلالا في الرابطة العقدية .(2)

وهذا ما أدى ببعض الفقه الفرنسي الى رفض حوالة الحق الناتج عن عقد ملزم للجانبين

.../...

شرح قانون الموجبات والعقود الجزء 6 ص51 ، وسليمان مرقس في المرجع السابق ص569 .

(1) أنظر في هذا نص المادة 401 مدني جزائرى ، ونص المادة 470 مدني مصرى والمادة 2/281 مدني لبناني السابقة الذكر ، وراجع كذلك السنهورى في المرجع السابق 456 ، وزهدى يكن في المرجع السابق ص52 .

(2) C. LAP ESSAI SUR LA CESSION DE CONTRAT SYNALAGMATIQUE A TITRE PARTICULIER THESE 1950 A STRASBOURG P. 35

M. PLANIOL ET G. RIPERT TRAITE PRATIQUE DE DROIT CIVIL FRANÇAIS T.7 P.494.

لأنه في نظره من غير المقبول أن الشخص يكسب حقا دون أن يتحمل في نفس الوقت بالتزام نتيجة للتلاحم الموجود بين الحق والالتزام في مثل هذا العقد (1). صحيح أن هناك تقابلا بين الالتزامات لكن ليس معنى هذا عدم قابلية تجزئة الحق والدين الناتجين عن العقد الملزم للجانبين (2)، وكذلك هناك عدة حلول قانونية وقضائية أظهرت حالات يكون فيها الحق المترتب على عقد ملزم لجانبين منفصلا عن الدين المقابل له اذا رضي المعني بالامر بذلك ، كما في حالة حوالة التأمين أو حوالة الحق المستقبل في التعويض الى شخص آخر غير المكتتب الذى يبقى ملزما بدفع الأقساط (3)، هذا في القانون الفرنسي الذى لا ينظم حوالة الدين الى جانب حوالة الحق .

أما في القوانين العربية (القانون الجزائرى ، المصرى ، اللبناني) فلا يثار هذا المشكل لان هذه القوانين تعرف حوالة الدين الى جانب حوالة الحق وبالتالي يكون في الامكان حوالة العقد كله للغير بالرغم من عدم وجود تنظيم تشريعي عام لحوالة العقد في هذه القوانين ، فان الافراد يحولون حقوقهم وفقا لاحكام حوالة الحق ويحولون ديونهم وفقا لاحكام حوالة الدين (4).

صحيح أن المنطق يحتم علينا القول بأن الطرف الذى يحول حقه المترتب على عقد ملزم للجانبين يستخلف هذا الغير في جميع حقوقه والتزاماته المترتبة على هذا العقد ، لكن ليس هناك ما يمنع من أن يحول الشخص حقوقه دون ديونه لأن الترابط الموجود بين الحق والدين في هذه الحالة ليس معناه عدم القابلية للتجزئة كما سبق أن قلت . ونرى أنه اذا اعتبرنا الالتزام عبارة عن قيمة اقتصادية يجوز التعامل فيها فان هذا المشكل لا يثار حتى في القانون الفرنسي الذى لا ينظم حوالة الدين ولا حوالة العقد ، لان الحرية التعاقدية كافية للسماح للافراد بتحويل كل العقد الذى يرتب الحق والدين معا ، أو حوالة الحق دون الدين فالقانون الفرنسي بالرغم من أنه لم ينظم حوالة الدين لم يحرم اجراءها .

.../...

---

(1) لاس المرجع السابق 35 .

(2) بلانيول وريبير في المرجع السابق ص 495

(3) بلانيول وريبير في المرجع السابق ص 495 مارتي ورينو القانون المدني الجزء 2 ص 626 .

(4) السنهوري الوسيط في القانون المدني الجزء 3 ص 545 .

المطلــــب الثانــــي

حالات عــدم قابليــة الحــق الشخصي للحوالة

سبق أن قلت ، ان القاعدة العامة التي أقرها المشرع في مختلف القوانيـــن هي جواز ورود الحوالة على مختلف الحقوق الشخصية أيا كان محلها وصفاتهـــا ، شريطة أن تكون حقوقا شخصية مدنية حتى يمكن أن نطبق عليها أحكام الحوالة التي تضمنها التقنين المدنـي ــ أما اذا كانت حقوقا شخصية تجارية فانها تخضـــع للقواعد الخاصة بتحويل السندات التجارية المنصوص عليها في التقنين التجارى ـ غير أن المشرع لم يترك هذه القاعدة تجرى على اطلاقها ، بل لقد ضيق من نطـــاق تطبيقها ، مقيدا بذلك حرية الافراد في تحويل حقوقهم بمنعه حواله الحقـــوق الشخصية في ثلاث حالات ، اذ تنص المادة 239 من التقنين المدني الجزائرى ، وتقابلها المادة 303 من التقنين المدني المصرى على أنه " يجوز للدائن أن يحول حقه الى شخص آخر الا اذا منع ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعـــة الالتزام " كما تقضي المادة 240 مدني جزائرى التي تقابلها وتطابقها المـادة 304 مدني مصرى على أنه " لا تجوز حوالة الحق الا اذا كان الحق قابلا للحجـز " وهذا ما نص عليه المشرع اللبناني في المادة 280 من تقنين الموجبات والعقود اذ يقول " يجوز للدائن أن يتفرغ لشخص آخر عن دين له الا اذا كان هذا التفـــرغ ممنوعا بمقتضى القانون أو بمقتضى مشيئة المتعاقدين أو لكون الموجب شخصيا محضـا موضوعا بين شخصين معينين على وجه لا يقبل التغييـر " •

واذا كانت هذه الاستثناءات التي نصت عليها القوانين العربية لم يرد لهـــا ذكر في التقنين المدني الفرنسي فانه ليس هناك ما يمنع من الاخذ بها في القانـون الفرنسي كذلك ، لان فحواها يستخلص من القواعد العامة •

ونستخلص من كل النصوص المتقدمة أن الحق الشخصي يكون غير قابل للحوالـة فـي ثلاث حالات هي :ــ

1) ــ اذا منـع الحوالـة نـص القانـون •

2) ــ اذا منـع الحوالـة اتفـاق المتعاقديـن •

3) ــ اذا منعت الحوالـة طبيعـة الحـق •

•••/•••

وفيما يلي أقول كلمة موجزة بالنسبة عن كل استثناء على حدة ، مع بعض الامثلة التوضيحية :

أولا : الحوالة غير جائزة لوجود نص قانوني أو لكون الحق غير قابل للحجز عليه :

لقد تكفل المشرع في عدة مناسبات بالنص صراحة على عدم جواز حوالة الحق لاعتبارات معينة تتطلبها مصلحة الدائن ، فمثلا لا يجوز للمستعير أن ينزل دون اذن المعير عن استعمال العارية الى غيره ولو على سبيل التبرع (1) ، كما أنه لا يجوز للمودع لديه أن يستعمل الوديعة او يحل غيره محله لحفظ الوديعة دون اذن صريح من المودع (2) ، كما أنه قد تكون الحوالة غير جائزة لطائفة معينة من الاشخاص حماية للمصلحة العامة كمنع رجال القضاء ومساعديهم من شراء الحقوق المتنازع فيها (3) ، وقد تكون الحوالة غير جائزة بالنظر الى مصلحة المدين كمنع حوالة الحق في الارث قبل موت المورث (4) ، وقد يقرر المشرع عدم قابلية الحق الشخصي للحوالة بمجرد تقرير عدم قابليته للحجز عليه وهذا بالنظر الى مصلحة المدين والى بعض الاعتبارات الاجتماعية والانسانية ، فربط بهذا بين عدم القابلية للحجز وعدم القابلية للحوالة فلا يكون الحق الشخصي غير قابل للحوالة الا بمقدار عدم قابليته للحجز عليه فاذا كان المرتب لا يجوز الحجز عليه الا في حدود الربع مثلا ، كان قابلا للحوالة بمقدار هذا الربع فقط وغير قابل للحوالة في الجزء الباقي ، ذلك أن جواز الحوالة يعتبر اهدارا لعدم القابلية للحجز (5) ، وربط عدم القابلية للحجز بعدم القابلية للحوالة مطبق في الحقوق الشخصية خلافا للحقوق العينية فان الاصل العام فيها أن ما يجوز حجزه من الاموال لا يعتبر حقا خارجا عن دائرة التعامل ويجوز التصرف فيه ، وبناء على هذا الربط تكون المبالغ المالية المودعة في صندوق التوفير غير قابلة للحوالة لان الحجز عليها ممتنع بنص القانون (6) ،

.../...

---

(1) انظر المواد التالية : 542 مدني جزائري ، 639 مدني مصري ، 736 ، 737 مدني لبناني .
(2) راجع المواد التالية : 591 ، 593 مدني جزائري ، 700 مدني لبناني 639 مدني مصري .
(3) راجع المواد التالية : 402 ، 403 مدني جزائري ، 471 ، 472 مدني مصري ، 380 مدني لبناني .
(4) راجع المواد التالية : 92 مدني جزائري ، 131 مدني مصري ، 188 مدني لبناني 1130 مدني فرنسي .
(5) سليمان مرقس شرح القانون المدني الجزء 2 ص 778 .
(6) راجع في هذا على الخصوص السنهوري الوسيط الجزء 3 هامش 460 ، شفيق شحاتة حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص 20 .

وعدم قابلية المال للحجز عليه ورد كاستثناء من الاصل العام الذى يجيز التنفيذ على أى مال للمدين (1) ، والنصوص التي تقرر عدم قابلية المال للحجز عليه جاءت في قانون الاجراءات المدنية ، كما جاءت ببعضها القواعد العامة .

وقد نصت المادة 368 من قانون الاجراءات المدنية الجزائرى على أنه " لا يجوز حجز ما للمدين لدى الغير على الاتي :

1) الاشياء المنصوص قانونا على عدم جواز الحجز عليها .

2) النفقات المحكوم بها قضائيا .

3) مبالغ النفقة .

4) المبالغ المدفوعة سلفا أو المسددة بصفة مصاريف مكتب أو أجور الرحلات أو الجولات أو مصاريف التجهيز أو بدل السفر أو الانتقال .

5) التعويضات السكنية .

6) معاش التقاعد عن العمل او العجز الجسماني حتى ولو لم يسهم المنتفع بهذا المعاش بدفعات في تكوينه ، ومع ذلك فانه يجوز توقيع حجز ما للمدين لدى الغير على هذه المعاشات بالشروط والحدود نفسها التي يجوز بها الحجز على الاجور ويجوز أن تصل حدوده لصالح المؤسسات الصحية أو دور تقاعد الكهول لسداد مصاريف الاستشفاء والاقامة الى 50٪ اذ كان النزيل متزوجا والى 90٪ في الاحوال الاخرى وينتهي أثر عدم القابلية للحجز بوفاة المدين (2) ،

أما عدم قابلية الحجز على الحقوق وفقا للقواعد العامة ، فتحكمها قاعدتان هما :

1) ـ قاعدة أن كل ما لا يجوز التصرف فيه لا يجوز حجزه ، وتطبيقا لهذه القاعدة لا يجوز الحجز على الاموال العامة والاموال الموقوفة المشترط عدم التصرف فيها .

2) ـ قاعدة أن ما يتصل بشخص المدين لا يجوز الحجز عليه لانها بذلك تخرج من الضمان العام ، وتطبيقا لذلك لا يجوز الحجز على حق السكنى ولا على حق الاستعمال الشخصي ولا يجوز حجز الاوراق اللصيقة بشخصية المدين (3) . اما المشرع اللبناني فلم يورد نصا مماثلا ،

.../...

(1) انظر ملخص محاضرات طرق التنفيذ لدكتور محمد حسنين التي القيت على طلبة السنة الرابعة حقوق في اكتوبر 1979 ص 21 .

(2) راجع كذلك نص المادة 278 من قانون الاجراءات المدنية الجزائرى ، والمادتين 486 ، 488 اجراءات مدنية مصري .

(3) راجع " طرق التنفيذ " ملخص محاضرات القيت على السنة الرابعة للدكتور محمد حسنين في ص 22 ، 23 من المطبوعة .

لما جاء في المادة 240 مدني جزائري والمادة 304 مدني مصري وجعل حوالة الحق أوسع من القابلية ،فلم يربط بين عدم القابلية للحجز وعدم القابلية للحوالة وهذا يؤدي الى جواز حوالة الحقوق المتصلة بشخص صاحبها اتصالا وثيقا وهذا غير منطقي . لأن القانون لا يجيزه ،وبالتالي كان الاجدر بالمشرع اللبناني أن ينص على مثل هذا النص في قانونه .

غير أننا يجب أن نلاحظ انه في بعض الاحيان يكون الحق قابلا للحجز عليه ومع ذلك لا تجوز حوالته استثناء (1) ، عندما ينص القانون على ذلك في حالات خاصة مثل حظر حوالة الحق في تركة انسان لا زال على قيد الحياة ،أو في حالة اتفاق المتعاقدين على منع حوالته ،وكانت طبيعة الحق تأبى الانتقال ولهذا كان من المفروض أن ينص المشرع على الاستثناء العام من الأصل وهو عدم قابلية الحقوق للحوالة الا في حدود القدر الجائز الحجز عليه ثم بعد ذلك يورد الاستثناءات الاخرى التي ترد على هذا الاستثناء العام وهي أن الحوالة غير جائزة حتى لو كان الحق قابلا للحجز عليه اذا منع ذلك نص القانون او اتفاق المتعاقدين أو كانت طبيعة الالتزام التي التي لا تقبل الحوالة لانه يجب أن نطبق قاعدة ، الفرع يتبع الاصل ولا نعكسها وبالتالي يمكن اقتراح صياغة جديدة لهاتين القاعدتين القانونيتين على النحو التالي : -

الفقرة 1 : " يجوز ... في حدود القدر القابل للحجز عليه الفقرة 2 : الا اذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين ... " .

ثانيا : الحوالة غير جائزة باتفاق المتعاقدين :

وهذا هو الاستثناء الثاني الذي أورده المشرع على مبدأ جواز حوالة الحقوق الشخصية فيكون للمتعاقدين الاتفاق في العقد المنشيء للحق ،أو في وقت لاحق على عدم جواز حوالة الحق الذي يرتبه هذا العقد ،أو قد يتفقان على عدم جواز الحوالة الا برضاء المدين المحال عليه ، وهذا الاتفاق يكون صحيحا ،لان مبدأ جواز الحوالة لا يتعلق بالنظام العام فالمشرع يبيح للمتعاقدين اعمال ارادتهما ،يكون بذلك العقد ،شريعة المتعاقدين ،

.../...

(1) محمود جمال الدين زكي ، نظرية الالتزام ، ص 163 .

وبالتالي يمنع التصرف في الحق المتولد عن العقد الذى يربطهما ، ولو أن الاصل في شرط المنع من التصرف أنه لا يكون صحيحا الا اذا كان الباعث عليه مشروعا وكان المنع مقصورا على مدة معقولة (1) ، واذا اتفق المتعاقدان على عدم جواز حوالة الحق الشخصي الى شخص آخر فيمتنع على الدائن حينئذ أن يحول حقه الى الغير ، فلو اتفق في الوعد بالبيع على أنه لا يجوز للموعود له تحويل حقه في ابرام العقد الموعود به ، فحينئذ لا يكون للموعود له الحق في حوالة حقه في الوعد ، وكذلك كما يحصل في اشتراط مصلحة السكك الحديدية على المسافرين عدم جواز بيع اشتراكاتهم لديها الى غيرهم كما قد يتفق المؤجر مع المستأجر على امتناع هذا الاخير عن التنازل عن الايجار الى غيره (2) .

ثالثا : الحوالة غير جائزة بالنظر الى طبيعة الحق :

أما الاستثناء الثالث الذى أورده المشرع فهو عدم جواز حوالة الحق الشخصي اذا كانت طبيعته تتنافى مع الحوالة نتيجة لاتصاله الوثيق بالدائن الذى تكون شخصيته محل اعتبار خاص لدى المدين ، ففي هذه الحالة تكون الحوالة غير جائزة ، كما لو تعاقد أحد أصحاب المسارح المشهورة مع ممثل كبير ثم أراد حوالة حقه قبل الممثل الى مسرح آخر ، فان الحوالة لا تكون جائزة لما لشخص الدائن من اعتبار هنا ، وكذلك فانه لو كان شخص يقوم بوظيفة أمين سر لدى مدير شركة ، أو كان محام متمرن متعهدا بالعمل لدى محام مشرف ، فليس لمدير الشركة ، ولا للمحامي المشرف تحويل حقه تجاه أمين السر ، أو المحامي المتمرن الى مدير شركة أخرى أو محام آخر وكذلك لو تعهد شخص أن يعلم شخصا آخر حرفة أو صناعة معينة فلا يجوز

.../...

---

(1) وتجدر الملاحظة هنا أن المشرع الجزائرى لم يورد شرط المنع من التصرف ، بينما المشرع المصرى اورده في المادتين 823 و 824 من تقنينه المدني .

(2) راجع المواد التالية : 505 مدني جزائرى ، 593 مدني مصرى ، 584 عقود وموجبات لبناني ، 1717 مدني فرنسي ، والجدير بالملاحظة ان المشرع الجزائرى يختلف عن باقي المشرعين حيث أن الاصل فيه هو عدم جواز التنازل عن الايجار والايجار من الباطن الا بموافقة صريحة من المؤجر بينما نجد ان الأصل في القوانين الاخرى هو جواز التنازل عن الايجار والايجار من الباطن مالم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك .

لهذا أن يحيل حقه في التعليم الى شخص ثالث ربما كان أقل ذكاء منه أو علما أو استعدادا أو ربما كان المعلم لا يرغب في تعليمه لاسباب خاصة .

فالحوالة في جميع هذه الحالات تكون ممتنعة أي غير جائزة سواء كان هناك اتفاق بين المتعاقدين على عدم جوازها ، أو لم يكن هناك اتفاق ، وسواء أنص القانون صراحة على جواز الحوالة أو لم ينص اطلاقا ، وفيما عدا هذه الحالات المستثناة ، يصلح كل حق مالي أن يكون محلا لعقد الحوالة ، وأن كان الغالب أن ترد الحوالة على حق يكون محله اقتضاء مبلغ من النقود .

البـــــاب الثانـــــي

نفـــــاذ الحوالـــــة

المبحـــث التمهيـدى

اذا كانت حوالة الحق ، عقدا رضائى يتم بين المحيل والمحال له بمجرد تبادلهما التعبير عن ارادتين متطابقتين ، ولا يتطلب الامر منهما القيام بأيـــة اجراءات خاصة ودون حاجة الى رضاء المدين المحال عليه ، أو الى أى تدخل منه ، ومتى انعقدت الحوالة صحيحة على هذا الوجه بين طرفيها ، خلصت لها قوتها الملزمة ورتبت كل آثارها القانونية بين عاقديها (1) ، فان الامر ليس كذلك في مواجهة الغير وخاصة المحال عليه ، اذ أن موضوع الحوالة هو الحق الشخصي المستحق للمحيل في ذمة المحال عليه ، والذى سيستفيد منه شخص ثالث هو المحال له الذى يخلـف المحيل في هذا الحق بموجب العقد المبرم بينهما ، ولن يتمكن المحال له مـن التمتع بهذه المنفعة التي آلت اليه الا بتدخل المحال عليه تدخلا ماديا .

صحيح أن انتقال الحق لايسبب أى ضـرر يذكر للمحال عليه ، غير أن الحوالة تفرض عليه أخذها بعين الاعتبار في معاملاته ، وهذا ما يحتم ربطه بالعمليـــة ربطا قانونيا ، أى اخطاره بأن دائنه قد تغير ، والا فانه نتيجة لجهلـه بواقعة الحوالة ـــ التي ولدت ظروفا جديدة ـــ قد يتعامل بشأن الحق المحال به مع الدائن الاصلي (المحيل) ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان التصـــرف في الحق بالحوالة سينقص من الضمان العام المقرر للدائنين العاديين على ذمـــة مدينيهـم ، والذى يجعل لهم الحق في اتخاذ الاجراءات الضرورية للمحافظـــة على حقوقهم ، ومنع مدينهم من العبث بها ، وتهريبها بالبيع الحقيقي أو الصـورى أو التبرع ، وهذا الكلام ينطبق بالنسبة الى المحيل في علاقاته مع دائنيه ، وكذلك

.../...

(1) والجدير بالذكر أن حوالة الحق ، ككل العقود تقتصر آثارها على عاقديها ، وفقا لقاعدة نسبية آثار العقود ، غير أنه يجب التوسع في فهم كلمة المتعاقدين ، فليس المقصود بها المتعاقدين فحسب ، بل المقصود بها ، هما ، ومن يمثلانـــه في التعاقد ، فآثار العقد تنصرف الى المتعاقدين ، وكذلك الى الخلف العام وقد تنصرف الى الخلف الخاص .

ينطبق بالنسبة الى المحال عليه في علاقته مع المحال له، أو تتعارض مصالح الدائنين الحاجزين مع مصالح المحال له ، وقد يكون المحيل سيء النية ، فيجرى على نفس الحق عدة حوالات متتالية الأمر الذى يؤدى الى تعارض مصالح المحال لهم بنفس الحق . كما قد يقوم المحيل برهن حقه بعد حوالته ، فتتعارض مصالح المحال له مع مصالح المرتهن .

وهذا ما يجعل آثار الحوالة تنعكس على مصالح اشخاص ليسوا اطرافا في العلاقة التعاقدية .

وحرصا من المشرع على استبعاد عنصر المفاجأة ، وتوفير الطمأنينة التي يجب أن تتسم بها المعاملات ، وحماية لحقوق الغير من التصرفات الضارة التي يجريها مدينهم في أمواله ، وصونا لمصالح المحال له من غش واحتيال المحيل وتواطئه مع المدين المحال عليه ، كل هذه المعطيات التي تهدد بزعزعة الثقة والاستقرار الواجب توافرهما في التعامل ، جعلت المشرع يصرح بعدم كفاية انعقاد الحوالة صحيحة بين طرفيها ، لتكون نافذة في حق الغير وحجة عليهم ، بل لقد أراد المشرع أن يكون هذا التصرف علنيا لا يخفى أمره على أحد ، ورصد الادوات القانونية الكفيلة باشهاره وحتم اتباعها ومراعاة مقتضياتها لجعل آثار الحوالة التي تمت صحيحة بين عاقديها نافذة في حق الغير ، وحجة عليهم ، اما قبل استيفاء هذه الاجراءات فلن يكون للحوالة اى أثر بالنسبة الى الغير ، ولا يجوز للمحال له الاحتجاج بها لا على المدين المحال عليه ولا على الغير ، اذ يكون للمحال عليه أن يتعامل في الحق المحال به قبل أن يعلم علما قانونيا بالحوالة فله ان يفي بالدين للدائن الاصلي (المحيل) وله أن يقضيه بأى سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد ، والمقاصة والابراء ، ويعد هذا التعامل تعاملا صحيحا منتجا لكل آثاره القانونية . كذلك فان المحال له لن يستأثر بالحق المحال به دون باقي دائني المحيل ولن تكون له أية أفضلية على سائر المحال لهم اللاحقين بنفس الحق ، أو الدائن المرتهن لهذا الحق . فلا مناص اذن من استيفاء اجراءات الاخطار المنصوص عليها في القانون ، والتي اوردها المشرع الجزائرى في المادة 241 من تقنينه المدني والتي تقضي بأنه :-

.../...

"لا يحتج بالحوالة قبل المدين، أو قبل الغير الا اذا رضى بها المدين أو أخبر بها بعقد غير قضائي، غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير الا اذا كان هـذا القبـول ثـابت التاريـخ "(1).

أما المشرع المصرى فينص في المادة 305 من تقنينه المدني على أنه "لا تكـون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير الا اذا قبلها المدين أو أعلن بها، على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم ان يكون هذا القبول ثابـت التاريـخ".

أما المشرع اللبناني فقد نص في المادة 283 من تقنين الموجبات والعقود قائـلا "ان الانتقال لا يعد موجودا بالنظر الى شخص ثالث ولا سيما بالنظر الى المديون الذى تفرغ عن دينه الا بابلاغ هذا التفرغ الى المديون، أو بتصريح المديون في وثيقة ذات تاريخ مسجل بأنه قبل هذا التفرغ، وما دام احدى هاتين المعاملتين لم تتم يصح للمديون أن يبرئ ذمته لدى المتفرغ، واذا كان المتفرغ قد أجرى فراغين متتابعين لدين واحد فالمتفرغ له الذى سبق الى العمل بمقتضى القانون يفضل على الآخر حتى ولو كان تاريخ عقـده أحـدث عهـدا".

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 1690 من تقنينه المدني على أنه "لا يمكـن المحال له الاحتجاج في مواجهة الغير الا اذا كان قد أعلن الحوالة الواقعة الى المديـن المحـال عليـه.

ومع ذلك فللمحال له الاحتجاج بهذه الحوالة اذا تم قبولها من المدين بعقد رسمي"(2).

(1) نص المادة 421 من التقنين المدني الجزائرى باللغة الفرنسيـة.

Lacession n'est opposable au débiteur autiers que si elle est acceptée par le débiteur ou si elle est notifiée par acte Extra-Judiciaire.

وعليه فان قول المشرع الجزائرى في النص العربي "... الا اذا رضي بها المدين..." لا يعدو أن يكون خطأ ماديا أو لفظيا في ترجمة كلمة (Acceptée) التى تعنى في هذا المقام القبول، وليس الرضا كذلك فاني اعتقد بأن ترجمة كلمة (Acte) الى اللغة العربيـة بكلمة (عقد) كما ورد في النص العربي غير موفقة في مدلولها والا صح في نظرى أنه يجب ترجمة كلمـة (Acte) بالكلمـة (ورقة) أو (وثيقـة)

(2) نص المادة 1690 من التقنين المدني الفرنسي

" Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par lassagnification du transport faite par le débiteur.
Néamoins le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique "

ومن خلال استعراضنا لنصوص هذه المواد يظهر لنا جليا أن الشارع في مختلف هذه التشريعات قد اشترط لجعل الحوالة نافذة في حق المدين المحال عليه والغير وحجة عليهم ، أن يقوم ذوو الشأن باخطار المدين المحال عليه بواقعة الحوالة الذى يتولى بدوره اعلام الغير الذين تكون لهم مصلحة مرتبطة بالحق المحال به ، والذين يهمهم أن يعلموا بالحوالة التي اجراها مدينهم ، لان آثارها ستنعكس على مصالحهم وقد يتضررون منها .

واذا كانت كل هذه التشريعات قد أجمعت على عدم نفاذ الحوالة في حق المدين والغير ولا حجة عليهم الا باستيفاء اجراءات الاعلان المنصوص عليها قانونا . فانها اختلفت فيمن يعتبر من الغير في باب الحوالة . واذا كان المشرع في كل هذه القوانين قد ركز عملية شهر واقعة الحوالة في المدين المحال عليه ، فليس معنى ذلك أنه أصبح طرفا في العقد الذى تمت به الحوالة ، وانما لم يكن ذلك الا استجابة لاعتبارات قانونية وعملية ، فالاعتبارات القانونية تتمثل في أن المدين المحال عليه قد أصبح مدينا لدائن جديد هو المحال له بالحق المحال به ويجب عليه أن يأخذ الحوالة بعين الاعتبار من لحظة اعلامه بها . أما الاعتبارات العملية فتتمثل في أن المحال له لن يتمكن من التمتع بهذه المنفعة التي آلت اليه بدون تدخل المدين تدخلا ماديا ، كما أنه أى المحال عليه يعتبر مصدر معلومات للغير ، فهو الذى يستطيع أن يخبر الغير بالحالة القانونية التي يوجد عليها الحق الذى يريد أن يتعامل فيه هذا الغير

ولكن قد يحدث أحيانا أن يحاط المحال عليه علما بواقعة الحوالة ، ليس وفقا للاجراءات المنصوص عليها في القانون ، وانما بناء على وقائع مادية أخرى فهل يغني هذا العلم الفعلي بواقعة الحوالة عن العلم القانوني ، وبناء عليه تصبح الحوالة نافذة في حق المدين والغير وحجة عليهم ؟ أم ان هذا العلم الفعلي لا يغني عن العلم القانوني ؟ .

وكما سبق أن قلت في الباب الاول ، فان التحديدات التحكمية التي رسمتها القوانين الوضعية قد جعلت القواعد المنظمة لعملية الاستخلاف في الحقوق بين الاحياء ، قاصرة على الحقوق الشخصية المدنية ، فلا يمكن تطبيقها الا اذا كنا أمام حوالة حقوق شخصية ذات طبيعة مدنية ، فلا تسرى أحكام هذا النظام على

.../...

الحقوق التجارية التي تخضع في انتقالها الى قواعد خاصة أوردها المشرع في التقنين التجاري .

ولهذا رأيت أن أعالج هذا الباب في ثلاثة فصول ، أتعرض في أولها لمفهوم الغير في باب الحوالة ، والاجراءات اللازم اتباعها لجعل الحوالة نافذة في حق الغير وحجة عليهم ، محاولا في ذلك توضيح الطبيعة القانونية لهذه الاجراءات ، ثم أحاول أن أبحث في الفصل الثاني مدى امكانية الاعتداد بالعلم الفعلي لجعل الحوالة نافذة في حق الغير أما الفصل الثالث فسأتعرض فيه للاجراءات الخاصة بنفاذ بعض الحقوق التجارية .

.../...

الفصـــــــل الاول

الشروط اللازم توافرها لنفاذ الحوالـــة

اذن حتى تصبح حوالة الحق نافذة في حق الغير وحجة عليهم ، يجب أن يعلم المدين المحال عليه ، والغير بواقعة الحوالة علما قانونيا وقد رصد المشرع الأدوات القانونية اللازمة لاتمام عملية العلم القانوني ، وذلك بسلوك احدى الطريقتين المخصصتين لهذا الغرض ، وهما اما اعلان المدين المحال عليه بواقعة الحوالة ، أو قبوله لهـــا ، قبولا ثابت التاريخ ، أى اقرار علمه بواقعة الحوالة ، ويجب أن تتم هذه الاجـــراءات بالكيفية التي حددها المشرع سلفا في المواد الآنفة الذكر .

ويلاحظ أنه لا فرق بين هاتين الوسيلتين من حيث قيمتها القانونية ، فلأصحاب الشأن رخصة الخيار بينهما ، أذ سوى المشرع بينهما وجعل اجراء احداهمـــا ، يغني عن اجراء الاخرى ، فقبول المدين المحال عليه للحوالة يغني عن اعلانه بهـــا . فتحقق الفائدة المتوخاة من الاعلان ، فكلاهما يؤدى الى نفس النتيجة القانونيـــة التي هي عبارة عن اقرار المدين بعلمه بواقعة الحوالة ، هذا العلم الذى يترتب عليه تكليف المحال عليه باحاطة كل ذى مصلحة علما بواقعة الحوالة ان طلب منه ذلك .

غير انه يجب ان نلاحظ ان النتائج التي تترتب على قبول المحال عليه للحوالة قـــد تكون في بعض الاحيان أبعد مدى ، وأكثر خطورة عليه ، من تلك التي تترتب مـــن مجرد الاعلان اذ لا يمكن المحال عليه في حالة القبول بدون تحفظ التمسك بالدفـــع بالمقاصـــة في مواجهـــة المحـــال لـــه .

ويلاحظ كذلك أن كل هذه التشريعات قد حرصت على تركيز عملية شهـــر واقعة الحوالة في المدين المحال عليه ، ليس باعتباره طرفا في الحوالة ، وانمـــا لاعتبارات قانونية وعملية ، فالاعتبارات القانونية تتمثل في أن المحال عليه قد أصبـــح مدينا للمحال له بالحق المحال به ويجب عليه أن يأخذ الحوالة بعين الاعتبار مـــن لحظة اعلامه بها ، أما الاعتبارات العملية فانها تتمثل في أن المحال له لن يتمتع بهذه المنفعة بدون تدخل المحال عليه تدخلا ماديا ، كما أنه يعتبر مصدر معلومات للغير فهو الذى يستطيع ان يخبر الغير بالحالة القانونية التي يوجد عليها الحق الذى يريد أن يتعامـــل فيـــه مـــع المحيـــل .

.../...

ويمكنني القول بأن ورود هذه الاجراءات في صلب النظرية العامة للالتزام يؤهلها لان تكون فصلا بمثابة الشريعة العامة التي يجب أن تخضع لاحكامها حوالة كل الحقوق التي لا يوجد نص خاص يحكمها .

المبحث الاول

المقصود بالغير في باب الحوالة

المقصود بالغير في باب الحوالة ، هم الاشخاص الذين لا يمكن الاحتجاج عليهم بالحوالة الا بعد استيفاء الاجراءات القانونية التي اوردها المشرع في المواد الآنفة الذكر اذ أن آثار الحوالة تنعكس على مصالحهم ، رغم أنهم ليسوا أطرافا في الاتفاق الذي تمت به الحوالة ، ولا يعتبرون من الخلف العام للمتعاقدين ، أي أن الغير في باب الحوالة هم كل الاشخاص الذين تمس الحوالة مصالحهم ويضارون منها نظرا لتعلق حق خاص لهم بالحق المحال به يتعارض مع الحوالة التي ستصبح آثارها نافذة في حقهم (1) والغير بهذا المعنى هم الاشخاص الذين لا تكون الحوالة صحيحة عليهم الا اذا كان لها تاريخ ثابت على الوجه الذى رسمه القانون ، وهي تعتبر ثابتة التاريخ اذا كانت قد أعلنت الى المدين المحال عليه على يد قلم الكتاب (المحضرين) وتضمنت الورقة الرسمية للاعلان البيانات التي انطوت عليها الحوالة ، أو اذا كانت الورقة المثبتة لقبول المدين المحال عليه قد ثبت تاريخها وفقا للأوضاع التي رسمها القانون لثبوت تاريخ الاوراق العرفية بوجه عام (2) ، شأنها في ذلك شأن سائر العقود

.../...

---

(1) راجع الاساتذة مازود روس في القانون المدني الجزء 2 ص 1029 ، وكولان وكابيتان شرح القانون المدني الجزء 2 ص 467 ، اليكس ويل وفرانسوا تيري القانون المدني (الالتزامات) ص 996 ، وشفيق شحاتة حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص 49 ، والسنهوري في شرح القانون المدني الجزء 3 ص 472 وبوريس ستارك القانون المدني (الالتزامات) ص 700 ، وجمال الدين زكي نظرية الالتزام ص 164 وزهدي يكن شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني الجزء 6 ص 81 ، وصبحي المحمصاني انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص 38 .

(2) راجع المواد القانونية التالية : 328 مدني جزائري ، 395 مدني مصري ، 152 تقنين اصول المحاكمات اللبناني ، 1328 مدني فرنسي . وهذه المواد تتعلق

فالحوالة ، اذن تهم اشخاصا آخرين غير المحيل والمحال له فهي تهم كل الاشخاص الذين تكون لهم مصلحة مرتبطة بالحق المحال به ، ولم يكونوا أطرافا في العقد الذى تمت به الحوالة ، فالمدين المحال عليه يهمه أن يعرف دائنه الحقيقي ، وكذلك الخلف الخاص الذى تلقى حقا من المحيل يتصل بالحق المحال به ، يهمه أن يعرف الحالة القانونية التي يوجد عليها الحق .

أ) المدين المحال عليه : فالمدين المحال عليه يعتبر من الغير بالنسبة الى الاتفاق الذى انعقدت به الحوالة ، اذ لا يلزم تدخله في هذا الاتفاق ، غير أنه يظهر ، كأنه موضوع هذه الحوالة التي انعقدت بدون رضاه ، ولهذا يجب ربطه بالعملية التي تمت بها الحوالة ، وذلك باخطاره بأن دائنه قد تغير (1) ، فاذا لم يعلم بالحوالة فانها تعتبر بالنسبة اليه كأنها غير موجودة ، وأن دائنه الأصلي

.../...

= بحجية تاريخ الورقة العرفية على الغير . فالورقة العرفية ليست في حد ذاتها الا واقعة مادية ، وقد يتفق الطرفان على اعطاء الورقة العرفية تاريخا مخالفا للحقيقة لغرض الاضرار بحقوق الغير ، الشيء الذى جعل المشرع يتدخل ليمنع التحايل على الغير ، فوضع في هذه المواد القرائن التي تدل على صحة التاريخ الذى تحمله الورقة العرفية (راجع في هذا بكوش يحي أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائرى والفقه الاسلامي ص 140 وما بعدها) أما الورقة الرسمية فتعتبر حجة على كافة الناس ما لم يطعن فيها بالتزوير . وتمتاز الورقة الرسمية عن غيرها من الاوراق المعدة للاثبات بكونها مدعمة بقرينة الرسمية ، وهذه القرينة توحي بالثقة ، ويعتبر تاريخ الورقة الرسمية حجة على الكافة منذ نشوئها . راجع في هذا المواد القانونية التالية : 391 مدني مصرى ، من 156 الى 159 تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، 1319 مدني فرنسي ، أما المشرع الجزائرى فلم يورد نصا مماثلا لهذه النصوص في تقنينه المدني ، ولكنه نص ... في المادة 14 من قانون التوثيق الجزائرى الصادر في 15 ديسمبر 1970 .

(1) راجع كاربونييه القانون المدني الجزء 4 ص 460 .

لم يتغير بعد ، وبالتالي اذا وفى الدين للمحيل ، أو قضا ممطه بالتجديد ما بالمقاصة نتيجة لجهله بواقعة الحوالة ، فيعتبر وفاؤه صحيحا ومبرئا لذمته على أن المحيل في هذه الحالة يكون قد تصرف بسوء نية بقبضه مبلغ الدين الذى أصبح غير مالك له فتنعقد مسؤوليته أمام المحال له ، الذى يكون له الرجوع عليه بدعوى الضمان ، لكن المدين المحال عليه يكون قد تحرر من التزامه . ولكي يمتنع على المحال عليه التعامل بشأن الحق المحال به مع الدائن الاصلي ، يجب أن يحاط علما بالحوالة ليصبح المحال له دائنا جديدا له بدلا من المحيل ، فاذا قام المحال عليه ووفى قيمة الدين للمحيل بعد استيفاء الاجراءات القانونية اللازمة الاعلامه بواقعة الحوالة من طرف المحال له ، فان وفاءه لا يكون مبرئا لذمته ، ويجوز للمحال له أن يطالبه بالوفاء مرة ثانية فيكون ملزما بأن يفي له بمبلغ الحوالة مرة أخرى ، تطبيقا للقاعدة القائلة " من يسيء الوفاء يفي مرتين " (Qui PAIE MAL PAIE DEUX FOIS) . أما اذا لم يتخذ اى اجراء من الاجراءات السالفة الذكر فللمدين ان يتجاهل الحوالة ، ويعتبرها كأنها لم توجد . فهذه الاجراءات تهدف الى حماية المدين باعتباره من الغير بالنسبة الى العقد الذى تمت به الحوالة والذى يكون له أن يدفع بالمقاصة التي قد تتولد في علاقاته مع المحيل بين فترة اجراء الحوالة وفترة نفاذها (1) .

وتجدر ملاحظة ان المشرعين الفرنسي واللبناني يعتبران المدين المحال عليه في باب الحوالة " غيرا " شأنه في ذلك شأن سائر (الاغيار) ويعاملوهم جميعا معاملة واحدة اذ يشترطان لنفاذها في حق المدين المحال عليه وفي حق غيره من الاغيار ، أن يتم اعلانها الى المدين اعلانا رسميا او ان يقبلها المدين في عقد رسمي في القانون الفرنسي ، أو يكون هذا القبول ثابت التاريخ في القانون اللبناني (2) .

.../...

(1) راجع في كل هذا الاساتذة مازو د روس في القانون المدني الجزء 2 ص1030 واليكس ويل وفرانسوا تيرى القانون المدني (الالتزامات) ص997 .

(2) راجع صبحي المحمصاني انتقال الالتزام في القانون اللبناني ص33 .

بينما يظهران المشرعين الجزائرى والمصرى لا يعتبران المدين المحال عليه من الغير في باب الحوالة اذ يفرقان بينه وبين باقي الاغيار في المعاملة لجعل الحوالة نافذة في حقهم ،فلم يشترطا ثبوت التاريخ لقبول الحوالة الا تجاه الغير تطبيقا للقواعد العامة التي تقضي بعدم امكان الاحتجاج على الغير بالعقود الا اذا كانت ثابتة التاريخ .

وأعتقد أن عين الصواب هو ما ذهب اليه المشرعان الفرنسي واللبناني ،ذلك أن المدين المحال عليه لايعد طرفا في الاتفاق الذى تمت به الحوالة ، كما أنه لايعد خلفا عاما للمتعاقدين ، بل ان المشرع قد صرح كما سبق ان رأينا في الباب الاول من هذا البحث بأن الحوالة تنعقد دون حاجة الى رضاء المدين المحال عليه أوالى اى تدخل منه ، هذا من ناحية ،ومن ناحية اخرى ، فان تاريخ الورقة لا يعتبر الا عنصرا من الورقة متفقا عليه بين الاطراف بنفس الطريقة التي اتفقوا عليها بالنسبة الى العناصر الاخرى الموجودة فيها (1) .

والغير الذى يتطلب القانون ان يكون تاريخ الورقة العرفية ثابتا ليكون حجة عليه، يجب ألا يكون ممثلا في التصرف الذى تشهد به الورقة (2) . وأعتقد ان هذه هي حالة المحال عليه فهو لم يشترك في الاتفاق الذى انعقدت به الحوالة ،كما أنه لا يعتبر ممثلا في التصرف الذى جرى بين المحيل والمحال له ،وبالتالي فهو من الغير بالنسبة الى الحوالة التي تمت بين المحيل والمحال له ،ويجب أن يعامل نفس المعاملة التي يعامل بها غيره من باقي الاغيار (3) ، وعليه فلا تكون الحوالة نافذة في حقه الا اذا قبلها قبولا ثابت التاريخ .

.../...

---

(1) راجع يحي بكوش أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائرى والفقه الاسلامي ص140 .

(2) راجع السنهورى الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 2 ص218 .

(3) ويذهب الاستاذ السنهورى الى القول في تبرير هذا العيب الذى انطوى عليه القانون المدني المصرى بأنه ... " يمكن اعتبار المدين غيرا من وجه ، وطرفا في الحوالة من وجه آخر ، وعلى كل حال فان المدين له وضع خاص في الحوالة يجعله بين بين " .

واعتقد أن هذا التناقض الذى وقع فيه المشرعان الجزائرى والمصرى ، ليبرز بوضوح حالة الصراع ، التي يعيشان فيها ، الصراع بين الاصالة ، ومحاولة التجديد من ناحية والتأثر والنقل غير المتبصر من ناحية أخرى . اذ انهما اعتبرا المدين المحال عليه من الغير في باب انعقاد الحوالة ، ثم عادا في باب نفاذ الحوالة واعتبراه طرفا فيها ، ومن ثم فان النتيجة المنطقية لهذا الموقف لا تخرج عن كون اعلان المحال عليه بالحوالة ، او قبوله لها ، رضاء لاحقا للحوالة او اجازة لها من طرفه . وهذا الرضا اللاحق او الاجازة مفترض ضمنيا . لأن المشرع لم يعلق انعقاد الحوالة او نفاذها على رضاء المحال عليه الصريح ، بل ان رضاءه يتم بقوة القانون ، فليس له حق المناقشة ، أو الاعتراض . وقلت ضمنيا لأن المشرع لا يتطلب التعبير عن ارادة المحال عليه لانعقاد الحوالة او لنفاذها .

ب) <u>الخلف الخاص</u> : وكذلك الخلف الخاص ، يعتبرون من الغير الذين لا يمكن الاحتجاج عليهم بالحوالة اذا لم تعلن الى المدين المحال عليه او لم يقبلها في وثيقة ذات تاريخ ثابت ، والخلف الخاص في باب الحوالة هم : المحال له الثاني ، والدائن المرتهن ، ودائن المحيل المفلس او المعسر .

فقد يقع أن يحول المحيل حقه لمحال له أول ، وقبل ان يستوفي الاجراءات القانونية اللازمة لجعل الحوالة نافذة في حق الغير يقوم المحيل بالتصرف في حقه مرة ثانية الى محال له ثان ، ففي هذا المقام يعتبر كل من المحال له الاول والمحال له الثاني بالنسبة الى الآخر ، ونكون امام تزاحم حوالتين تفضل منهما الحوالة التي سبق صاحبها الى استيفاء الاجراءات القانونية . فمثلا لو افترضنا ان ابراهيم حول حقا له لفائدة مصطفى ، وقبل ان يقوم بالاجراءات القانونية المنصوص عليها في المواد السالفة الذكر . قام ابراهيم بحوالة حقه مرة ثانية الى عزالدين ، فعزالدين يعتبر غيرا بالنسبة الى الحوالة الاولى ، ولا يمكن لمصطفى الاحتجاج بحوالته على عزالدين طالما انه لم يستوف الاجراءات اللازمة لنفاذ حوالته ، ولو سبق عزالدين الى العمل بمقتضى القانون فانه يفضل على مصطفى ويتملك الحق المحال به .

.../...

وقد يقع أن يقوم المحيل بتحويل حقه الى شخص ثم يرهن نفس الحق الى احد دائنيه . وكما نعرف ان رهن الحق يخضع في نفاذه للاجراءات المنصوص عليها في باب الحوالة (1) . وعليه فان الدائن المرتهن يعتبر غيرا بالنسبة الى المحال له ، كما يعتبر المحال له غيرا بالنسبة الى الدائن المرتهن ، ولكي نحدد لمن تكون الافضلية يجب الرجوع الى من سبق الى العمل بمقتضى القانون وليس الى تاريخ انشاء الرهن أو انشاء الحوالة ، فمن سبق الى العمل بما يمليه القانون هو الذى يفضل على غيره ، فالدائن المرتهن يعتبر غيرا بالنسبة الى المحال له الذى يمكنه الاحتجاج عليه قبل استيفاء الاجراءات القانونية اللازمة لنفاذ الحوالة .

واذا صدرت الحوالة من المحيل ، وقبل ان تصبح نافذة في حق الغير ، شهر افلاس المحيل او اعساره فان دائني المحيل المفلس ، او المعسر في هذه الحالة يصبحون من الغير بالنسبة الى المحال له ، وذلك من وقت صدور الحكم بالافلاس (2) ، او من وقت تسجيل صحيفة دعوى الاعسار (3) .

وبالنسبة للدائن الحاجز فانه يعتبر غيرا بالنسبة الى الحوالة التي تمت بين المحيل والمحال له ، وما دامت الاجراءات اللازمة لنفاذ الحوالة لم تستوف فيمكن الدائن الحاجز اعتبار الحق المحال به موجودا دائما في ذمة مدينه (المحيل) ، ويمكنه اجراء حجز عليه ، ويكون هذا الحجز صحيحا ومنتجا لاثاره ، وتعتبر الحوالة المتأخرة بمثابة حجز متأخر ، لان المحال له دائن بالضمان للمحيل ، وبما ان الحجز المتقدم لا يفضل على الحجز المتأخر فيزاحم الدائن المحال له الدائن الحاجز ويقسم الحق المحال به او المحجوز عليه بينهم قسمة غرماء . وبالعكس فاذا كان المحال له قد قام باستيفاء الاجراءات القانونية اللازمة لنفاذ الحوالة فان الحق المحال به يخرج من ذمة المحيل ويصبح ملكا للمحال له وبالتالي لا يمكن الحجز عليه .

.../...

---

(1) راجع المواد القانونية التالية : 975 مدني جزائرى ، 1123 مدني مصرى ، 2075 مدني فرنسي ولا يوجد في القانون اللبناني نص مماثل لهذه النصوص .

(2) راجع المواد القانونية التالية ، 216 تجارى مصرى ، 244 تجارى جزائرى .

(3) راجع المواد القانونية التالية ، 257 مدني مصرى . 191 مدني جزائرى .

المبحث الثاني

اعلان المحال عليه بالحوالة

الاعلان هو احدى الادوات القانونية التي هيأها المشرع خصيصا لاخطار الغير بواقعة الحوالة وحتم اتباعها لجعل الحوالة نافذة في مواجهة الكافة .

غير ان النصوص القانونية التي اوردها المشرع في هذا الشأن - والتي سبق عرضها - جاءت مفتقرة الى الدقة والوضوح ، فلم تفصح عن الشكل الذى يجب أن يصدر فيه الاعلان ولم تبين الاشخاص الذين يقع عليهم القيام باجراءات الاعلان ، كما أنها لم تحدد المكان الذى يجب أن يوجه اليه الاعلان ، ولا المدة التي يجب أن يتم خلالها الاعلان .

وأمام عمومية هذه النصوص وغموضها كان لزاما على الفقه والقضاء ، العمل على تأويلها ، والاجتهاد في تفسيرها بحثا عن الحلول الملائمة والصحيحة لهذه الاشكالات وذلك من خلال افتراض ارادة المشرع ، وتفسيرها ، والوصول الى استنتاجات مبنية على المبادئ التي قررتها القواعد العامة .

ولم يشترط المشرع في كل من مصر وفرنسا ولبنان اى شكل خاص لاجراء الاعلان وأمام سكوت المشرع ذهب الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا في اجتهاداتهم وتأويلاتهم لهذه النصوص ، الى ان الاعلان يجب ان يتم طبقا للشكل العادى للتبليغ المحدد في تقنين الاجراءات المدنية ، أي يجب أن يكون اعلان المدين اعلانا رسميا عن طريق ورقة من اوراق المحضرين (1) ، واذا لم تراع هذه الاوضاع كان

.../...

(1) راجع في الفقه الاستاذ السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 3 ص 476 ، شفيق شحاتة حوالة الحق في القوانين العربية ص 38 ، اسماعيل غانم النظرية للالتزام الجزء 2 ص 359 ، سمير عبد السيد تناغو نظرية الالتزام ص 479 مصطفى الزرقاء شرح القانون المدني السوري الجزء 2 ص 298 ، وكذلك الاخوة مازو دروس في القانون المدني الجزء 2 ص 1029 ، اليكس ويل وفرانسوا تيرى القانون المدني (الالتزامات) ص 995 ، جرار فرحات القانون الخاص الاقتصادى الجزء 2 ص 462 ، كاربونييه القانون المدني الجزء 4 ص 461 ، جبريال مارتي وبيير رينو القانون المدني الجزء 2 ص 812 ، بوريس ستارك القانون المدني

الاعلان واقعا تحت طائلة الالغاء ، وعديم الفائدة (1) • فلايكفي الاعلان الشفوى لجعل الحوالة نافذة ،بل ولا الاعلان المكتوب ولو في مكتوب مسجل ،أو أية ورقة عرفية حتى في المواد التجارية (2) •

ولا يتم الاعلان بواسطة الموثقين اذ ليس من اختصاصات الموثق اعلان عقود حوالة الحق التي يتولى تحريرها ،ولا يكون الموثقون ملزمين باعلان الحوالة الا اذا كانوا قد تلقوا توكيلا بذلك من ذوى الشأن ووافقوا عليه ، وفي حالة عدم وجود وكالة من هذا النوع فان الموثق محرر عقد الحوالة لا يعتبر مسؤولا عن التأخر الذى قد يقع في اعلان الحوالة الى المدين المحال عليه (3) •

•••/•••

= (الالتزامات) ص 701 وبلانيول وريبير المرجع السابق ص 496 ،وراجع في القضاء الفرنسي حكمين لمحكمة النقض الفرنسية الحكم الاول صادر عن غرفة العرائض بتاريخ 6 أوت 1894، ومنشور بدالوز 1895 • 1 • 33 ، وسيرى 1898 • 1 • 518 ، والثاني صادر بتاريخ 4 فيفرى 1901 منشور بدالوز 1901 • 1 • 329 (عن بلانيول وريبير) ،وراجع حكما لمحكمة بواتييه بتاريخ بتاريخ 10 اكتوبر 1967 منشور بالمصنف الدورى 1968 • 2 • 15544 ، وحكما آخر للغرفة التجارية لمحكمة النقض صدر بتاريخ 18 فيفرى 1969 منشور بدالوز 1969 • 354 • وراجع في القضاء المصرى حكم استئناف مختلط بتاريخ 22 جانفي 1903 منشورا بمجلة المحاماة 15 ص 98 (وحكم استئناف مختلط بتاريخ 20 نوفمبر 1913 منشورا بمجلة المحاماة 26 ص 40 (من السنهورى)

(1) راجع موسوعة دالوز المدنية لسنة 1950 (باب حوالة الحق) بند 240•

(2) راجع الاستاذ السنهورى المرجع السابق ص 476، والاخوة مازو المرجع السابق ص 1029 •

(3) راجع في هذا حكما لمحكمة النقض الفرنسية صدر بتاريخ 26 فيفرى 1934 ومنشورا بدالوز الدورى ( ) 1936 • 1 • 39•

كذلك فانه من المتفق عليه فقها وقضاء ان اعلان الحوالة لا يتطلب ان يتضمن نص الحوالة ، ولا ضرورة لاعطاء المدين المحال عليه نسخة من عقد الحوالة ، بل يكفي أن يشتمل الاعلان على ما يفيد حصول الحوالة ، مع ذكر شروطها الجوهرية (1) . ويشترط القضاء الفرنسي زيادة على هذا ذكر المبلغ المحال به (2) . ومن ثم يجوز اعلان الحوالة على هذا الوجه ، حتى لو كانت شفوية غير مدونة في ورقة مكتوبة (3) .

وما دام لا يوجد أي شكل معين يفرضه القانون لاجراء الاعلان ، فان القضاء والفقه في كل من مصر وفرنسا ، قد كانا متذبذبين اذ ظهرت بعض المرونة فيما تم اقراره ، فقد تساهل القضاء وقبل بعض الاجراءات التي تقوم مقام الاعلان ، فقبل أن يتم اعلان الحوالة بأية ورقة رسمية تحيط المدين المحال عليه علما بواقعة الحوالة ،

.../...

---

(1) راجع في الفقه السنهوري المرجع السابق ص 476 ، شفيق شحاتة المرجع السابق ص 38 ، مصطفى الزرقاء المرجع السابق ص 298 جبريال مارتي وبيير رينو المرجع السابق 812 . راجع في القضاء الفرنسي بالاضافة الى الاحكام الانفة الذكر حكما لمحكمة الجزائر صدر بتاريخ 25 نوفمبر 1893 منشورا بدالوز الدوري 1894 . 1 . 502 ، وحكما لمحكمة بوزدو وبتاريخ 4 مارس 1931 منشورا بدالوز الدوري 1933 . 1 . 73 ، وحكما اخر لنفس المحكمة صدر بتاريخ 17 فيفري 1937 منشورا بدالوز الاسبوعي ( ) 1937 . 1 . 221 .

(2) راجع في القضاء المصري حكم استئناف مختلط 22 جانفي 1903 منشورا بمجلة المحاماة 15 ص 98 .

راجع موسوعة دالوز المدنية لسنة 1950 (باب حوالة الحق) بند 248 ، وكذلك حكما لمحكمة بورد بتاريخ 23/5 / 1896 منشورا بدالوز الدوري 97 . 2 . 316 .

(3) راجع السنهوري المرجع السابق ص 476 ، ريبير وبلانيول المرجع السابق ص 496 .

بشرط أن تتضمن هذه الورقة الرسمية البيانات الاساسية للحوالة فتقوم مقام الاعـــلان صحيفة التكليف بالحضور التي تبلغ الى المدين المحال عليه بناء على العريضة التي يقدمها المحال له للمطالبة بالحق المحال به ومن وقت وصول صحيفة الدعوى يعتبر المحـــال عليه معلنا بالحوالة ، وتصبح نافذة في حقه ،وفي حق الغير ، وكذلك يعتبر اعلانـا التكليف بالدفع المسلم الى المحال عليه من طرف المحال له الذى يشير فيه الى عقد الحوالة وبياناتها ،وتعد اعلانا كذلك اجراءات حجزها للمدين لدى الغير ،الذى يوقعه المحال له على المحال عليه مع وجوب الاشارة في عريضة الحجز الى عقد الحوالة ،ولو أن المحال له يستطيع ان يطالب المحال عليه باسمه الشخصي ،فهو ليس في حاجة الى توقيـــع حجز تحفظي تحت يد المدين المحال عليه ، وان فصل عدّ هذا بمثابة اعلان للحوالة ولا يكون في حاجة بعد ذلك الى طلب تثبيت الحجز التحفظي (1) • وقد يتم الاعــلان ضمنيا عند المطالبة بالتنفيذ اذا كان السند المحول واجب التنفيـــذ (2) •

اما في الجزائر فقد حسم المشرع الموقف في شأن الاعلان ، اذ اكتفى بصدوره في محـــرر عرفي؛ اذن فكل ما اشترطه المشرع الجزائرى ،أن يكون الاعلان مكتوبا فــي محـــرر ، ولا يهم بعد ذلك شكل المحـــرر فيمكن ان يتم برسالة مسجلة ،او برسالـــة مع الاشعار بالوصول ، أو ببرقية ، او بأية طريقة اخرى مكتوبة تسمح باثبات واقعة الاعلان في حالة نشوب نزاع ،دون الالتجاء الى الأوراق القضائية ، الا اذا كانت ظروف الحال تستدعي ذلك ،كالحوالة التي تعلن الى المدين برفع دعوى قضائية عليه • ولكن لا يكفي طبقا للتشريع الجزائرى لجعل الحوالة نافذة في حق الغير وحجـــة

•••/••••

---

(1) راجع في كل هذا بلانيول وريبير في مرجعهما السابق ص497 ،موسوعة دالوز المدنية لسنة 1950 (باب حوالة الحق) بند 251 ومابعده ،السنهوري المرجع السابق ص476 ،زهدى يكن شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني الجـزء 6 ص80 • راجع في القضاء الفرنسي حكما لمحكمة بواتييه بتاريخ 10 اكتوبر1967 منشورا بالمصنف الدورى 1968•2•15544 وحكما لمحكمة النقض الفرنسية صدر عن الغرفة التجارية بتاريخ 18فيفرى1969 منشورا بدالوز 1969•354 ،وحكما اخر لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21فيفرى 1951 منشورا بدالوز 1951•4•61 وراجع في القضاء المصرى حكما لمحكمة الاستئناف بتاريخ 13 ماى 1931 منشورا بمجلة المحاماة 43ص390 وحكما اخر لمحكمة الاستئناف المختلطة صدر بتاريخ 28ماى 19 منشورا بمجلة المحاماة 50 ص328 •

(2) حكما لمحكمة النقض الفرنسية صدر عن الغرفة المدنية بتاريخ 13نوفمبر 1928 منشورا بدالوز الاسبوعي (D.H) 1928 • 605•

عليهم الاعلان الشفوى ،أو الاعلان بطريق الهاتف .

واعتقد أن هذا موقف موفق من طرف المشرع الجزائري ،ينسجم تماما مع طبيعة هذا النظام القانوني ،والغاية التي وجد من أجل تحقيقها نظرا لما يتطلبه من وقت ومصاريف ليس هناك ما يبررها . وبالاضافة الى ذلك فان التشدد في شكل الاعلان وفي جميع الاحوال ، لاداعي فيه للتشدد الذى أظهره الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا في شأن شكل الاعلان (1). لأن هذا التشدد من شأنه أن يقضي على أهمية هذا النظام وفعاليته في تداول الاموال بين الافراد خاصة انه ليس في تشريعات هذه البلدان ما يستوجب هذا التشدد . وبالاخص اذا عرفنا أن القانون الفرنسي قد أخذ نظام الاعلان عن القانون الروماني كما وجده عند جوردان (GORDIEN) ،دون ان يتفطن واضعو القانون الفرنسي الى ان هذا النظام القانوني قد أصبح عديم الفائدة ،وقد سبق أن وضحت أن هذا الاجراء قد وجد في روما من أجل التحايل على مبدأ عدم انتقال الحق ،بينما نجد القانون الفرنسي الحديث قد نظم حوالة الحق ولم يبق هناك مشكل وبقاء الاعلان في القانون الفرنسي يجب أن يعتبر خطأ مصدره النقل غير المتبصر الذى اعتمده واضعو القانون الفرنسي القديم ،وما دام القانون الفرنسي القديم قد احتفظ بهذا النظام فيجب على الفقه ،والقضاء في فرنسا ان يبرروا وجوده ويعطيه وظيفة معينة حتى لا يصبح النص عليه لغوا (2). وكان الاجدر بالفقه ان ينبه المشرع الى ما وقع فيه من خطأ ،لاأن يذهب الى التفنن في تعقيده ، والتشدد في شكله وطبيعي ان هذا الخطأ نقلته الاقلام العربية الى قوانينها الوطنية ،ووجوده في قوانيننا يعد خطأ أيضا .

ففي القانون الروماني القديم كانت الارادة غير قادرة وحدها على نقل الملكية فبعد العقد كان يجب على المشترى ان يحصل على التسليم ،وبدون التسليم كانت الملكية لاتنتقل والمشترى لايصبح مالكا الا من لحظة التسليم ،وهذا بالنسبة الى الاشياء المادية ،اما بالنسبة الى المنقولات المعنوية كان لا يمكن تطبيق هذه القاعدة والتالى العقد لايرتب الا التزامات شخصية ،فمشترى الحق كان لا يمكن أن يتسلمه بمجرد الحوالة

.../...

---

(1) راجع صبحي المحمصاني انتقال الالتزام في القانون اللبناني . ص32.

(2) S.COMPION de la connaissance acquise par les tiers d'un transfert de creance non signifié These LILLE I909 P 25 et suite .

ولا يصل الى هذه النتيجة الا بالاعلان فكان الاعلا ن بالنسبة الى المنقولات المعنوية كالتسليم للاشياء المادية .

ويتم تبليغ المدين المحال عليه بواقعة الحوالة من المحيل او المحال له ولو أنه يغلب أن يتم الاعلان بناء على مبادرة من المحال له الذي يهمه أكثر من غيره القيام بهذا الاجراء حالا ، حتى يثبت وضعه ، ويستقر له الحق المحال به لانه يخشى ان هو تباطأ في القيام بهذا الاجراء ، ان يعمد المحيل الى التصرف في حقه مرة اخرى أو يقوم باستيفائه من المدين المحال عليه ، فيقطع بهذا كل سبل الغش والتحايل التي يمكن ان يلجأ اليها المحيل . كما يتطلع على المحال عليه طريق التمسك بحسن نيته ، ويستبعد تواطؤه مع المحيل . أما المحيل فعادة يكون اقل اهتماما من المحال له بالقيام بهذا الاجراء اذ انه لا يكون ملزما باجرائه ولا يستتبع عدم قيامه به اية مطالبة قضائية[1] لكن مع هذا قد يتم اعلان المدين المحال عليه بناء على مبادرة يقوم بها المحيل اذا خشي ان يحجز دائنوه على حقه في ذمة مدينه فيتخلص بهذا التبليغ من مسؤوليته تجاه المحال له عن وجود الحق المحال به في ذمة المحال عليه ، لان المحيل يعتبر ضامنا لوجود الحق المحال به بمقتضى عقد الحوالة.[2]

فالمبدأ العام اذن هو أن الاعلان يتم من المحال له ، أو من ورثته ، والاستثناء هو أن يتم من المحيل ، او ورثته ، ويكون اعلانا صحيحا مرتبا لكل النتائج القانونية المنتظرة منه ، ويمكن ان يتفق المحيل والمحال له على ان يتحمل المحيل مهمة اعلان المحال عليه بواقعة الحوالة ، خاصة ان هذا لا يتناقض مع مبدأ سلطان الارادة ولا يمس النظام العام كما أنه ليس في القانون ما يمنع هذا الاتفاق ، وفي هذه الحالة يصبح المحيل مسؤولا عن عدم اعلان واقعة الحوالة في الوقت المناسب .

ويجب ان يوجه الاعلان الى المدين المحال عليه ، او الى ورثته ، أو الى من ينوب عنه ، ويتولى المحال عليه بدوره اعلان باقي الاغيار الذين يسأل ازاءهم، والذين يهمهم .

.../...

(1) راجع السنهوري المرجع السابق ص 475 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 496 .
(2) راجع السنهوري المرجع السابق ص 475 ، شفيق شحاتة المرجع السابق ص 38 .

أن يعلموا بهذه الحوالة ،لانه "أي المحال عليه ،خير من يقوم بهذه المهمة ويوجه الاعلان الى المستأجر في حالة حوالة الايجار ،أو الى المؤجر في حالة التنازل عن الايجار . (1)

واذا كان المدين المحال عليه قاصرا وله ولي ،او وصي فيجب أن يوجه الاعلان الى وليه أو وصيه الذى تكون له وحده الصفة القانونية لتلقي هذا الاعلان . أما اذا كان المحال عليه موضوعا تحت المساعدة القضائية فالاعلان يجب ان يوجه اليه شخصيا ،ذلك ان الموضوع تحت المساعدة القضائية يعتبر شخصا كامل الاهلية ، وأن المساعدة القضائية لم تتقرر بسبب نقص أهليته أو انعدامها ،وانما بسبب اصابته بعاهة مزدوجة ، فيقتصر بذلك دور الوصي القضائي على مساعدته في التصرفات التي تقتضيها مصلحته ،ولا ينوب عنه في اجرائها . وقد يكون الشخص الذى يقوم بالوفاء ليس هو المدين نفسه ، وانما هو شخص آخر تكون الاموال بين يديه فالى من يجب ان يوجه الاعلان ؟ هذا السؤال يطرح في مواجهة كل الادارات والمؤسسات العمومية التي يكون فيها شخص واجد مكلفا بتسديد الديون ،ففي جميع هذه الحالات التي تكون فيها الاموال الخاصة بدفع الدين في حوزة المكلف بتسوية حسابات المحال عليه ،سواء كان المودع لديه ، او الغير الملزم بتسليمها الى من له الحق في هذا الدين . (2) يكون الحل الذى أخذ به القضاء الفرنسي في هذا الصدد هو أنه يجب توجيه الاعلان الى من تكون له سلطة الوفاء بالدين ، وهو كقاعدة عامة المدين المحال عليه ،لكن اذا توافرت لدى الغير صلاحية الوفاء بالدين بدلا من المدين فيجب ان يوجه الاعلان الى هذا الغير الذى يقوم بتسديد الدين . (3)

.../...

---

(1) راجع على الخصوص بلانيول وريبير في المرجع السابق ص497 ، 498 والسنهوري المرجع السابق ص477.

(2) راجع على الخصوص بلانيول وريبير في مرجعهما السابق ص499 اليكس وفرانسوا تيرى في مرجعهما السابق ص995 .

(3) انظر حكما لمحكمة النقض الفرنسية صدر عن الغرفة التجارية بتاريخ 7 جويلية 1952 منشورا بدالوز 1952 ،704 .

واذا تعدد المدينون المحال عليهم في الحوالة الواحدة ، سواء كانــــوا متضامنين أو غير متضامنين فلابد من اعلان كل واحد منهم على حدة ، فاذا كانوا غيــر متضامنين أعلن كل واحد منهم بنسبة دينه ، لان الدين ينقسم بينهم ، أما اذا كانــوا متضامنين فيعلن كل واحد منهم بكل الدين باعتباره مسؤولا عن كل الدين ، ذلـــك أن الدائنين المتضامنين لا يمثل بعضهم بعضا الا فيما يفيدهم ، وليس اعلان الحوالة مما يفيد ، فاذا أعلن أحد المدينين المتضامنين بالحوالة دون الاخرين ، كانـــت الحوالة نافذة في حق من أعلن بها دون غيره (1) . أما اذا كان الحق المحال به حقـا مستقبلا فانـــه يجب توجيه الاعلان الى كل الاشخاص الذين يحتمل ان يكونوا مدينين بهذا الحق (2) .

كذلك فان المشرع لم يبين الى اين يجب ان يتم توجيه الاعلان ، ولهـــذا كان لابد من الالتجاء الى القواعد العامة لتحديد المكان الذي يجب أن يوجه اليه الاعـلان .

وطبقا للقواعــد العامة في قانون الاجراءات المدنية يجب ان يتم الاعلان الى الشخص نفسه او الى موطنه العام (3) . اما الاعلان الذي يتم بطريق تكليف الغير شفاهة بابلاغه الى المحال عليه بمكان اقامته ، فيعتبر باطلا ، ولا يمكن الاحتجاج به على الغير ولا على المحال له الثاني الذي أعلن حوالته بطريقة نظامية . كما انه لا يعتد بالاعلان الذي تم توجيهه الى الموطن الخاص ، الذي اختاره المحال عليه في العقد المنشيء للحق ، لتنفيذ الالتزامات المقابلة لهذا الحق ، واذا حدث أن وجه الاعلان الـــى هذا الموطن فيعتبر باطلا ، ولا يمكن المحال له أن يحتج به على الغير ، وفي مقدمتهـــم المحال عليه (4) .

.../...

(1) راجع على الخصوص الاستاذ السنهوري، في المرجع السابق هامش ص477
(2) راجع السنهوري المرجع السابق 478 ، وبلانيول وريبير في مرجعهما السابق ص499 .
(3) راجع المواد التالية ، 23 قانون الاجراءات المدنية الجزائري ، 10 قانون المرافعات المصري ، 355 اصول محاكمات مدنية لبناني .
(4) راجع موسوعة دالوز المدنية لسنة 1950 اباب حوالة الحق بند 243 ، 244 ، 245 والاستاذ السنهوري هامش ص477 وراجع كذلك المواد القانونية التاليـــة ــــ

واذا كان المدين المحال عليه قاصرا ، فيجب أن يوجه الاعلان الى موطنه العام الالزامي ، وهو موطن من ينوب عنه قانونا (1) . وهو الذى يكون له وحده الصفة القانونية لتلقي الاعلان ، أما اذا كان المحال عليه موضوعا تحت المساعدة القضائية ، فالاعلان يجب أن يوجه اليه شخصيا ، واذا كان المدين المحال عليه شخصا اجنبيا لا يقيم في الجزائر ، أو كان جزائريا يقيم في الخارج ، فان الاعلان يجب أن يوجه الى النيابة العامة (2) .

أما اذا كان المدين المحال عليه من الاشخاص الاعتبارية ، فيجب أن يوجه الاعلان الى موطن ممثله القانوني الذى تكون له صفة تلقي هذا الاعلان ، كرئيس المجلس الشعبي البلدى ، ويجب ان يرسل الاعلان الموجه الى شركة ، الى مقرها الرئيسي ، وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية عدة أحكام ، اعتبرت فيها كأنه غير موجود الاعلان الذى وجه الى مكان اخر غير المقر الرئيسي للشركة (3) ، اما الشركات

.../...

---

39 مدني جزائرى ، 43 مدني مصرى وفي جميع الاحوال فان اعلان انتقال الحق لا يمكن ان يتم الى الموطن الذى اختاره المحال عليه لتنفيذ الحق لانه اعلان لا يتعلق بتنفيذ الحق ، وهو من الاعلانات الغريبة عن الحق المحال به .

(1) راجع المواد التالية ، 38 مدني جزائرى ، 42 مدني مصرى 363 اصول محاكمات مدنية لبناني .

(2) راجع المواد التالية 22، قانون اجراءات مدنية جزائرى 560 قانون اجراءات مدنية فرنسي 12 قانون مرافعات مصرى .

(3) راجع موسوعة دالوز لسنة 1950 باب حوالة الحق بند 242 وما بعده وراجع كذلك حكمين لمحكمة النقض الفرنسية ، الاول بتاريخ 1876/8/14 منشور بدالوز 1877 . 1 . 504 والثاني بتاريخ 1888/6/12 منشور بدالوز 1890 . 1 . 107 ، وحكما اخر صدر عن محكمة باريس بتاريخ 1909/5/29 نشر في Rec:GAZ.TRB 1909 .

الأجنبية التي يكون مقرها الرئيسي في الخارج ، ولها نشاط في الجزائر ، فيعتبر مركزها في الجزائر وعليه فان الاعلان الذى يوجه الى مقر فرعها الموجود في الجزائر حيث تزاول نشاطها ويكون اعلانا صحيحا ، ومنتجا لكل آثاره القانونية (1) .

ويلاحظ ان المشرع في كل من الجزائر ، ومصر وفرنسا ولبنان لم يحدد المدة الضرورية لاعلان الحوالة ، ولهذا يمكن ان تعلن في اية لحظة لاحقة او معاصرة لابرامها بشرط الا يتأخر ذلك الى وقت يصبح فيه اعلانها غير ذى فائدته ولا يكون الاعلان متأخرا الا اذا سبقه اجراء يمنع ترتيب فائدته مثلا كما لو أحال الدائن الاصلي حقه مرتين متتاليتين ، وقام المحال له الثاني باستيفاء اجراءات النفاذ ، فحينئذ يصبح من غير المفيد اعلان الحوالة الاولى ومثل ذلك أيضا توقيع حجزما للمدين لدى الغير من طرف دائن المحيل تحت المدين المحال عليه ، فمن وقت اعلان الحوالة الثانية ، أو توقيع الحجز فان اعلان الحوالة الاولى من حيث تاريخ صدورها لا يعد ومن كونه حجزا جديدا ، وكذلك الامر في حالة شهر افلاس المحيل أو اعساره ، فمن ذلك الوقت لا يكون اعلان الحوالة مفيدا ، ولو كانت قد صدرت من المحيل قبل شهر افلاسه أو اعساره ، اذ لا يمكن الاحتجاج في هذه الحالة بالحوالة على دائني المحيل المفلس أو المعسر (2) . فالاعلان المتأخر للحوالة اذن لا تكون له أية فائدة او فعالية ، ولا يمكن الاحتجاج به على الغير الذى اكتسب حقوقا على محل الحوالة ولو كان لها تاريخ صدور سابق على اكتساب هذه الحقوق ويلاحظ ان حجزما للمدين لدى الغير

.../...

---

(1) راجع المواد القانونية التالية 50، 547 مدني جزائرى ، 547 تجارى جزائرى ، 9 اجراءات مدنية جزائرى و53 مدني مصرى ، و 52 مرافعات مصرى ، و92 اصول محاكمات مدنية لبناني ويلاحظ أن هذه المواد قد خالفت القاعدة العامة التي قررتها هذه القوانين وهي التصوير الواقعي للموطن فأخذت بالتصوير الحكمي فيما يتعلق بموطن الشخص الاعتبارى .

(2) راجع الاستاذ السنهورى الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 3 ص475 ، سمير عبد السيد تناغو نظرية الالتزام ص479، 480 ، زهدى يكن شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني الجزء 6 ص75 وما بعدها ، موسوعة دالوز المدنية لسنة 1950 باب حوالة الحق بند 264 ومابعده ، راجع كذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن غرفة العرائض بتاريخ 26 فيفرى 1934 ، ومنشور بدالوز الدورى (D.P) 1936 • 1 • 39 مع تعليق ( ) .

الموقع من ذائني المحيل ، لا يمنع فعالية الاعلان المتأخر للمحال له بالنسبة الى الغير الذين لم يتدخلوا الا بعد تمام الاعلان .

أما الاعلانات التي تتم في يوم واحد عند تعدد المحال لهم ، فتجعلهم يتساوون ، ويشتركون في اقتسام الحق المحال به قسمة غرماء ، ولا تكون لأى منهم أية أفضلية الا اذا حددت الساعة التي تم فيها كل اعلان ، فحينئذ يفضل الاعلان الأول ويمكن اثبات الأفضلية في هذه الحالة بكافة طرق الاثبات ، وهذا ما وصل اليه اجتهاد القضاء الفرنسي في حكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 7 فيفرى 1889 (1).

وحتى يتم اعلان الحوالة في الوقت المناسب ، تكفي المطالبة القضائية التي يقيمها المحال له ويكفي الطلب الذى يقدمه ضد المدين المحال عليه ، فيكون الاعلان صحيحا ومنتجا لآثاره (2). ويبقى الاعلان ممكنا حتى بعد موت المحال عليه ، أو المحيل ، أو المحال له ، اذ يتم اعلان ورثة المدين المحال عليه من جانب المحيل ، او المحال له أو ورثتهما (3).

فالاعلان بالحوالة اذن يجب ان يكون اعلانا معاصرا للحوالة او لاحقا لها ، والسبب هو أنه يجب أن يظل المدين المحال عليه بمعزل عن العلاقة القانونية التي تمت بين المحيل والمحال له ، لكي يحتفظ المتعاقدون بحقهم كاملا في الغاء الاتفاق الذى تم بينهما او في تعديله .

.../...

(1) راجع موسوعة دالوز المدنية لسنة 1950 باب حوالة الحق بند 267 وما بعده ، وراجع كذلك حكما لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 فيفرى 1889 منشورا بدالوز الدورى 1889 • 2 • 152 وقد أشار اليه دالوز في فقرته المذكورة اعلاه .

(2) راجع حكما لمحكمة الجزائر بتاريخ 25 نوفمبر 1893 منشورا بدالوز الدورى 1894 • 2 • 502 .

(3) راجع موسوعة دالوز المدنية لسنة 1950 البند 270 وما بعده .

المبحـــث الثالـــث

قبـول المحـــال عليـــه للحوالـــة

يعتبر قبول المدين المحال عليه للحوالة الاجراء الثاني، الذى استوجبــــه المشرع لجعل حوالة الحق نافذة في حق الغير وحجة عليهم • وهو اجراء بديـــل عن الاعلان • ويغني عنه اذ يصبح لزاما علـى الغير ، وخاصة المحال عليه أخذ هـــا بعين الاعتبار ، والالتزام باحكامها من لحظة قبولها من المدين المحال عليه •

وكما رأينا في المواد السالفة الذكر ، فان المشرع في كل من مصر ، والجزائـــر ولبنان استوجب أن يتم ادلاء المدين المحال عليه بقبوله في وثيقة ذات تاريخ ثابـــت حتى تصبح الحوالة نافذة في حق الغير وحجة عليهم ، دون أن يشترط المشرع العربي أن يكون القبول في وثيقة رسمية ، وبهذا اختلف عن المشرع الفرنسي الذى يشـــترط صدور القبول في وثيقة رسمية •

والورقة ذات التاريخ الثابت التي اشترطها المشرع العربي ، هي الوثيقـــة التي تتضمن القبول وليست الورقة المتضمنة لعقد الحوالة ، وهي اما أن تكون ورقـــة رسمية ، ويكون لها تاريخ ثابت من لحظة تحريرها ، وبالتالي تكون حجة على كافة الناس منذ تاريخ التحرير (1) • وأما أن تكون ورقة عرفية يتم اثبات تاريخها طبقا للاوضاع المحددة في القانون ، ولا تعتبر حجة على الناس الا من لحظة ثبوت تاريخها (2) • ويظهر أن المشرع

.../...

---

(1) راجع المواد القانونية التالية 391، مدني مصرى ، من 156 الى 159 تقنيـــن أصول المحاكمات المدنية اللبناني 1319، مدني فرنسي • ولا يوجد نص مقابـــل لهذه المواد في التقنين المدني الجزائرى ، غير أن المشرع الجزائرى قد نـــص في المادة 14 من قانون التوثيق الصادر في 15 ديسمبر 1970 على أنه "يعتبر ماورد في العقود الموثقة حجة ما لم يثبت تزويرها ..." وأعتقد أن لهذه المادة لا مدلولا عاما يمكن سريان حكمه على كافة المحررات الرسمية • غير أن هذا لا يمنعني من القول بأن هذا السهو او الاغفال الذى ورد في القانون المدني الجزائرى قد عابه ، ويجب تداركه خاصة ان المشرع الجزائر قد نص في المادة 325 من تقنينه المدني على حجية الصورة الرسمية لورقة الاثبات دون أن يتكلم عن حجية السند ذاته ، وكان الاجدر ان ينص على الاصل قبل ان ينص على الفرع •

(2) راجع المواد القانونية التالية 328 مدني جزائرى ، 395 مدني مصرى ، 1328 مدني

الفرنسي كان أكثر تشددا من غيره من المشرعين في البلاد العربية اذ استوجب أن يدلي المدين المحال عليه بقبوله في عقد رسمي ، أى في عقد من عقود الموثقين ، واذا تم القبول في ورقة عرفية ، فلا تكون له أية قيمة قانونية ، ولا يعطي المحال له أية أفضلية على باقي الاغيار الذين اما يجهلون ، أو يتجاهلون وقوع الحوالة ، ويقومون باجراء معاملات في شأن الحق المحال به ، أو يحجزون عليه ، فاذا استوفوا شروط هذا التعامل ، فلا يمكن للمحال له حينئذ أن يحتج بحوالته عليهم ، حتى لو كان تاريخ صدور حوالته سابقا على تعاملهم (1) .

واعتقد ان مصدر هذا التشدد ، راجع الى الطابع الشكلي المفرق الذى ورثه المشرع الفرنسي عن أصله الروماني ، وأعتقد انه لا داعي لهذا التشدد الذى أصبح لا يتماشى مع ما تمليه مقتضيات التعامل في العصر الحديث ، كما ان هذه الشكلية التي عاقت كثيرا قبول فكرة انتقال الالتزام في البداية ، قد أصبحت الان مؤشرا سلبيا يحد من فعالية هذا النظام القانون وينحرف به عن الهدف الذى وجد من أجل تحقيقه نتيجة لما تتطلبه من وقت ، وجهد ، ومصاريف ترهق ذوى الشأن ، وليس هناك ما يبررها . وهذا ما سيؤدى بهذا النظام الى الاندثار بسبب عزوف المتعاملين عن الالتجاء على اعمال احكامه ، لأنه ليس في هذه الاحكام ما يغريهم .

واذا كان هناك اجماع بين هذه التشريعات الاربعة حول المبدأ العام وهو وجوب صدور قبول المدين المحال عليه للحوالة في وثيقة ذات تاريخ ثابت مع تفاوت في درجة التشدد فانهم قد اختلفوا في مدى تطبيق هذا المبدأ على الغير في باب الحوالة ، وهذا راجع الى اختلافهم حول مفهوم الغير في هذا المقام وقد سبق أن شرحت ذلك .

.../...

= فرنسي 152 ، تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، التي تنص على ثبوت تاريخ الورقة العرفية .

(1) راجع موسوعة دالوز المدنية لسنة 1950 باب حوالة الحق بند 287 وما بعده ، كاربونييه القانون المدني الجزء 4 (الالتزامات) ص 461 .

فبالنسبة الى المشرعين اللبناني ، والفرنسي ، ليس هناك أى اشكال ، اذ انهما اعتبرا المدين المحال عليه من فئة الغير في باب الحوالة ، ولا يفرقان في نفاذها بين المحال عليه ، وباقي الاغيار بل عاملوهم جميعا معاملة واحدة ، فلا تكون الحوالة نافذة في حقهم ولا حجة عليهم الا اذا كان قبولها قبولا ثابت التاريخ طبقا للقانون اللبناني ، أو في عقد رسمي طبقا للقانون الفرنسي .

غير أن هذا التشدد الشكلي الذى بدا واضحا عند المشرع الفرنسي ، قد عرف في الحياة العملية تعديلات ملطفة اذ أن القضاء وتبعه الفقه ، قد فرق في نفاذ الحوالة بالقبول بين نفاذها في حق المدين المحال عليه وباقي الأغيار ، فأجاز مجرد القبول الشفوى ، أو القبول الضمني لجعل الحوالة نافذة في حق المحال عليه (1) أى القبول المستخلص من عمل يتضمن علم المحال عليه بوجود الحوالة كالوفاء الجزئي الذى يقوم به المحال عليه للمحال له ؛ أو المؤجر الذى يقبض بدون تحفظ أجرة الكراء المدفوعة له من المتنازل له عن الايجار (2) . ومن باب اولى قبل القضاء والفقه في فرنسا صدور قبول المحال عليه في محرر عرفي لجعل الحوالة نافذة في حقه وحجة عليه (3) .

.../...

---

(1) راجع على الخصوص بلانيول وريبير شرح القانون المدني الفرنسي الجزء 7 ص 502 السنهورى الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 3 ص 480 .

(2) راجع بلانيول وريبير المرجع السابق ص 502 ، السنهورى المرجع السابق ص 480 ، كاربونييه المرجع السابق ص 461 . وراجع في القضاء الفرنسي حكما لمحكمة النقض الفرنسية صدر عن غرفة العرائض بتاريخ 6 فيفرى 1878 ونشر بدالوز الدورى 1878 - 1 - 275 ، وحكما ثانيا عن نفس الغرفة بتاريخ 27 ديسمبر 1933 نشر بدالوز 1934 - 1 - 13 وحكما آخر بتاريخ 22 ديسمبر 1937 نشر بدالوز الاسبوعي ، 1938 - 1 - 83 ، وراجع حكما اخر للغرفة المدنية بتاريخ 1922/3/28 منشورا بدالوز 1925 - 1 - 165 وحكما اخر للغرفة التجارية بتاريخ 17 جانفي 1951 منشورا بالمدنى الدورى 1951 - 2 - 6297 مع تعليق استاذ كوهن . وراجع في القضاء المصرى حكم الاستئناف المختلط بتاريخ 5 جوان 1911 بمجلة المحاماة 23 ص 370 .

(3) راجع بلانيول وريبير المرجع السابق ص 502 ، انيكس وايل وفونسوا تيرى القانون المدني (الالتزامات) ص 936 ، كولان وكابيتان شرح القانون المدني الجزء 2 ص 466 وراجع في القضاء بالاضافة الى الاحكام المذكورة اعلاه حكما محكمة باريس الصادر بتاريخ 8 جانفي 1969 منشورا بدالوز 1969 ص 37 والمجلة الفصلية للقانون المدني 1969 ص 564 . مع تعليق (LOUSSOUARN) ، وراجع كذلك كاربونييه المرجع السابق ص 461 ؛ مارتي ورينو المرجع السابق ص 413 .

ويذهب الفقه والقضاء في تبرير موقفهما الى القول بأن المشرع لم يستلزم الرسمية الا لحمايـــة الغير ولهذا فهي ليست ضرورية في علاقات المحيل والمحال له بالمحال عليه ، وبهذه النظرة يكفي لربط المدين المحال عليه بالمحال له تعهد شخصي مـــن المحال عليه ومن هذا الوقت يمكن المحال الاحتجاج عليه بالحوالة (1) •

وفي جميع هذه الحالات لاتكون الحوالة نافذة في حق الغير ولا حجة عليهم ولكي تصبح نافذة في حقهم وحجةعليهم فلا بد أن يستوفي المحال له الشكل الذى اشترطه المشرع وهو ضرورة صدور القبول في محرر رسمي •

واذا كان هذا الموقف المعتدل للفقه والقضاء في فرنسا ، الرافض للشكليـــة التي طبعت مسلك المشرع الفرنسي ، يعد اتجاها منطقيا ، فان التمييز المصطنع بـين الأغيار الذى أوجده هذا الاتجاه غير مستساغ بالاضافة الى مخالفته لما أقره المشــرع مخالفة غير مبررة لاتجد لها اساسا الا في الجذور التاريخية لهذا النظام ، وأعتقــد أنه اذا كان المقصود هو تبسيط اجراءات النفاذ فيجب ان يسرى هذا التساهل على الجميع ويستفيد منه كافة الاغيار ، خاصة ان المدين المحال عليه هو الذى يتولـــــى اخبار الاغيار الآخرين فيما بعد بحالة الحق ، وهو يخبرهم شفويا ، ولا يطلب منه اى اخبار كتابي ، ولهذا اعتقد ان ما يسرى في حقه يسرى في حق الجميع • وان كان هناك خوف من التواطؤ ، فيجب ان يكون هذا الخوف عاما ، فالمدين المحال عليه قد يكون هو كذلك فريسة للتواطؤ بين المحيل والمحال له • وان كان المبرر هو صعوبة اثبات القبول الضمني او القبول الشفوى او القبول الثابت في ورقة عرفية في حالة انكار المحال عليه فان هذه الصعوبة تطرح بالنسبة الى الجميع على حد سواء ولا مبرر لاستثناء المحال عليه •

والسؤال المطروح هو ما الذى جعل موقف الفقه والقضاء في فرنسا متذبذبـــا بهذه الدرجة فهم يتشددون حيث يتساهل المشرع او يسكت كما هي الحال فـــــي

.../...

(1) راجع موسوعة دالوز المدنية لسنة 1950 (باب حوالة الحق) بند 294 • وراجع حكما لمحكمة النقض الفرنسية صادرا بتاريخ 22 ديسمبر 1937 ومنشورا بدالوز الاسبوعي 1938 • ص 35 وراجع كذلك بلانيول وريبير في مرجعهما ص 501 وخاصة هامشها •

شكل الاعلان ، ثم يتساهلون حيث يتشدد المشرع كما هي الحال في الشكل الذى يجب أن يصدر فيه القبـــول .

أما المشرع الفرنسي في كل من الجزائري والمصري فيفرق في نفاذ الحوالة بين نفاذها في حق المدين المحال عليه ، ونفاذها في حق الغير ، ويبدو أنهما تأثرا في هذا بما وصل اليه الفقه والقضاء في فرنسا اعتقادا منهما أن المدين المحال عليه ليس غيرا بالنسبة الى الحوالة ، وهذا ما يجعل المطلع على التشريعين الجزائرى والمصرى يتوهم أن المقصود بمصطلح " القبول " في باب الحوالة هو وجوب ادخال المدين المحال عليه في الحوالة وهذا خطأ فقد سبق ان رأينا في الباب الاول أن انعقاد الحوالة لا يحتاج الى رضاء المدين المحال عليه ، وهذا مبدأ متفق عليه ولا جدال فيه ، وانما المقصود بالقبـــول هو القبول اللازم لنفاذ الحوالة ، وهو عمل مادى لا يفيد أكثر من أقرار المحال عليـــه بأنه على علم بالحوالة التي تمت بين المحيل والمحال له ، والتي تنصب على الحق المخصص

المستحق في ذمته لدائنه الاصلي (المحيل) ولا يفيد انه اصبح طرفا فيها ، ولهذا كان القبول بديلا عن الاعلان ، فاذا رفض المدين قبول الحوالة أمكن الاستغناء عن قبوله باعلانه بها . (1)

ويبدو ان المشرعين الجزائرى والمصرى قد وقعا في تناقض مصدره النقل لأفكار قانونية قديمة أصبحت مهجورة حتى من أهلها ، وغير قادرة على مسايرة التطور ، وقد ترتب على هذا التمييز ان القبول اللازم لنفاذ الحوالة في حق الغير هو القبول الثابت التاريخ ، أما القبول اللازم لنفاذها في حق المدين المحال عليه فلا يخضع لاى شكـــل خاص فيصبح ان يصدر في ورقة رسمية ، كما يصبح ان يكون في ورقة عرفية ثابتة التاريـــخ او في ورقة عرفية غير ثابتة التاريخ . بل يصح الا يكون مكتوبا أصـــــــلا ، (2)

.../...

---

(1) راجع على الخصوص السنهوري المرجع السابق ص 479 ، بلانيول وريبير في مرجعهما السابق ص 501 وما مشها ، الاخوة مازو دورس في القانون المدني الجزء 2 ص 1029 ، ويل وتيري المرجع السابق ص 996 .

(2) راجع السنهوري المرجع السابق ص 480 ، مصطفى احمد الزرقاء لشرح القانون المدني السوري الجزء 2 ص 297 ، سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص 480 شفيق شحاتة حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص 39 .

فيمكن ان يكون قبولا شفويا (1) . وقد يكون قبولا ضمنيا كما يقع في حالة ما اذا سدد المدين بعض أقساط الدين المحال له ، ففي هذا قبول ضمني (2) . ويخضع القبول في هذه الحالة ، اذا أنكر المدين صدوره منه ، للقواعد العامة في الاثبات ، فيجوز اثباته بكافة وسائل الاثبات (3) .

اذن فقبول المدين المحال عليه للحوالة قبولا ثابت التاريخ يجعلها نافذة في حق الغير بما فيهم المحال عليه ، وحجة عليهم ويغني عن اجراء الاعلان كما سبق أن أشرت الى ذلك آنفا .

والقبول بهذا المعنى يمكن أن يكون في وثيقة رسمية - في القانون الفرنسي - أو في وثيقة ثابتة التاريخ - في القوانين العربية - منفصلة عن عقد الحوالة ، كما قد يقع أن يدخل المحال عليه ليدلي بقبوله الذى يثبت في العقد نفسه الذى تمت به الحوالة ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى حتى يطمئن المحال له الى وضعه الجديد ، وحتى تصبح الحوالة سارية في مواجهة الغير وحجة عليهم من لحظة انعقادها (4) .

والقبول في وثيقة مستقلة عن عقد الحوالة يمكن أن يتم من المدين المحال عليه بدون حضور المحال له ، أو المحيل ، وليس ضروريا أن يبلغهم بهذا القبول ، ويمكن أن يكونا جاهلين لهذا القبول ، غالبهم ان يثبت علم المدين بالحوالة ، وهذا

.../...

---

(1) راجع السنهوري المرجع السابق ص480

(2) راجع في القضاء المصري حكم الاستئناف المختلط 15 جوان 1911 المنشور بمجلة المحاماة 23 ص370 وحكم الاستئناف المختلط 29 فيفري 1916 المنشور بمجلة المحاماة 28 ص170 .

(3) راجع السنهوري المرجع السابق ص480 ، مصطفى الزرقاء المرجع السابق ص297 تناغو المرجع السابق ص480 ، شحاتة المرجع السابق ص39 ، ويذهب الاستاذ السنهوري الى القول بأن القبول لا يجوز اثباته الا بالكتابة او بما يقوم مقامها اذا تجاوزت قيمة الحق المحال به 20 جنيهات (1000دج) وأعتقد أن رأى الاستاذ محل نظر لان المقصود بالاثبات هنا هو القبول وليس الحق المحال به .

(4) راجع بلانيول وريبير في مرجعهما السابق ص500 . موسوعة دالوز المدنية لسنة 1950 (باب حوالة الحق) بند 280 وما بعده ، السنهوري المرجع السابق 478 ، صبحي المحمصاني انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص33 .

يكفي لجعلها نافذة في حق الغير وحجة عليهم الى جانب المدين (1) •

واذا كان المحال عليه لا يملك رفض الحوالة أو للاعتراض عليها ، فان قبولـه لها لا يعني أنه تنازل عن حقه في التمسك بالدفوع التي كانت له في مواجهة المحيل ـ الدائن الاصلي ـ أى أن قبوله لا يعني انه يوافق عليها جملة وتفصيلا ، وانما كل ما يعنيه أن المحال عليه أصبح على علم بالحوالة التي تمت بين المحيل والمحال لـه وأنها اصبحت نافذة في حقه وصار واجبا عليه أن يدفع الدين للمحال له لا للمحيل في الحدود وضمن الشروط التي كان يجب عليه بها سداد هذا الدين للمحيل ، فيجوز له أن ينازع المحال له في أصل الدين وينكره عليه فيحتاج عندئذ الى اثباته عليه (2) ، ويجرى هذا الحكم على اطلاقه • ولا يستثنى منه سوى المقاصة (3) • غير أن القبول المجرد الذى يصدر من المحال عليه دون ابداء اية تحفظات حول النتائج القانونية للحوالة قد يؤدى الى تغيير الحالة القانونية للمحال عليه نتيجة لفقدانه للدفع بالمقاصة الذى كان له أن يتمسك به في مواجهة المحيل ، ولهذا يشترط أن يصدر هذا النوع من القبول من شخص أهل للتعاقد ، وأهل للالتزام وتطلب هذه الاهلية في حالة ما اذا كانت الالتزامات المترتبة على الحوالة ليس مصدرها الحق المحال به واذا كان القابل لا يتمتع بأهلية الالتزام ، فان القبول لا ينتج في مواجهة المحال عليه الا ما كان يمكن ان ينتجه الاعلام مع التنبيه الى ان بقاء الدفوع التي كانت للمحال عليه في مواجهة المحيل ليست من النظام العام • وبالتالي يجوز أن يتفق المحال له مع المحال عليه على عدم

•••/•••

---

(1) راجع على وجه الخصوص السنهوري المرجع السابق ص479 بلانيول وريبير مرجعهما السابق ص501 موسوعة دالوز المدنية لسنة 1950 بابحوالة الحق بند 281 •

(2) راجع مصطفى الزرقاء المرجع السابق ص299 ، سليمان مرقس شرح القانون المدني الجزء 2 ص780 ، السنهوري المرجع السابق ص479 ، سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق 480 ، اسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام الجزء 2 ص359 ، بلانيول وريبير مرجعهما السابق ص501 ، وراجع كذلك الاحكام المذكورة في هامش هذه الصفحة •

(3) راجع المواد القانونية التالية : 303 مدني جزائرى ، 368 مدني مصرى ، 1295 مدني فرنسي 335 عقود وموجبات لبناني •

(4) السنهوري في المرجع السابق ص479 بلانيول وريبير في مرجعهما السابق ص 501 بوريس ستارك القانون المدني (الالتزامات) ص699 موسوعة •

المبحث الرابع

تكييف اجراءات النفاذ

لقد توصلت القوانين الوضعية الحديثة بعد تطور طويل الى اقرار مبدأ انتقال الملكية بمجرد العقد وبقوة القانون ، سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة الى الغير (1) . فيكتسب المتصرف له المحال له — الحق المتصرف فيه — الحق المحال به ويصبح له من هذا التاريخ أن يتصرف في هذا الحق الى الغير ، واذا شهر افلاس المتصرف — المحيل — أو اعساره قبل تسليمه المال المتصرف فيه ، يكون للمتصرف له الادعاء باستحقاق الحق المتصرف فيه ، واسترداده من التفليسة باعتباره مالكا اياه ولا يشاركه فيه أحد من دائني المتصرف ويصبح لدائني المتصرف له أن يوقعوا الحجز على المال المتصرف فيه تحت يد المتصرف أو في أي يد كان ولا يكون للمتصرف أن يعارض الحجز أو يرفع دعوى الاسترداد بمقولة أن المتصرف له لم يسدد الثمن بعد ، أو لم يتسلم المال المتصرف فيه ، لأن انتقال الحق الى المتصرف له مستقل عن الموعد المحدد لوفاء الطرفين بالتزاماتهما (2) .

والحكم الذي أوردته هذه القواعد القانونية ، حكم عام ينطبق على جميع ... / ...

---

(1) راجع في هذا المواد القانونية التالية : 165 مدني جزائري ، 204 و 932 مدني مصري ، 1138 و 1583 مدني فرنسي ، 384 موجبات وعقود لبناني .

ويلاحظ أن حكم هذه المواد قد جاء مطلقا ، يشمل المنقول والعقار على حد سواء متى كان معينا بالذات ، غير أن المشرع قد ضيق من نطاق تطبيقها وجعل حكمها مقصورا على الالتزام بنقل حق عيني على منقول معين بالذات ، وذلك لأنه اشترط في ختام هذه المواد عدم الاخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل . وذلك أن القواعد المتعلقة بالتسجيل تجعل الالتزام بنقل حق عيني أصلي على عقار يحتاج في تنفيذه الى التسجيل التصرف المنشئ أو المقرر لهذا الحق حتى يصبح ساريا في مواجهة الكافة .

ويشترط لتطبيق قاعدة انتقال الملكية بمجرد العقد الشروط التالية :

أ — أن يكون المبيع موجودا وقت العقد وبالتالي يخرج من الاعتبار الأشياء المستقبلية

ب — أن يكون المبيع معينا بالذات — جـ — أن يكون المبيع مملوكا للبائع وقت البيع

د — أن يكون التزام البائع بنقل ملكية المبيع التزاما باتا منجزا أي غير معلق على شرط ولا مضاف الى أجل — هـ — ألا يكون في القانون نص على أن شيئا لا تنتقل ملكيته بمجرد العقد

(2) — راجع على الخصوص سليمان مرقس عقد البيع ص 265 ، جاك يوسف الحكم المقصود الشائعة "عقد البيع" ص 184 .

العقود التي ترد على الملكية ، ويكون العقد ناقلا للملكية سواء فيما بين العاقدين أو بالنسبة الى الغير واذا كانت هذه القاعدة أداة قانونية مرنة وقادرة على الاستجابة لما تقتضيه روح العصر في ميدان التعامل وتداول الثروات في يسر وسرعة فان تطبيقها يجعل انتقال الملكية غير ظاهر للملأ فلا يستطيع الناس أن يتبينوا بسهولة الحالة القانونية للمال المتصرف فيه • ولا من هو المالك الحقيقي له ، وهذا ما قد يخل بما ينبغي أن يتوفر في المعاملات من ثقة واستقرار ، وقد يلحق بالتجارة وبالمعاملات ابلغ الاضرار ، وهو ما دفع بالفقه والقضاء الى البحث عن علاج لتلافي هذه النتيجة الخطيرة التي قد يؤدى اليها الأخذ بهذه القاعدة فعالجوا هذا العيب المنقول بقاعدة قانونية تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية (1) أما بالنسبة الى العقار فان المشرع قد أورد على مبدأ انتقال الملكية بمجرد العقد عدة استثناءات ، وبالتالي فان بعض العقود لا تنقل الملكية وانما ترتب التزاما بنقل الملكية ويجب على المتعاقد أن يقوم بنقل الملكية تنفيذا لالتزامه وهذا ما يقتضي منه القيام بالاعمال اللازمة لنقل الملكية كفرز المبيع في المنقولات المعينة بنوعها ، واستيفاء الاجراءات التي تتطلبها مصلحة الشهر العقاري لتسجيل بيع العقار، أو القيام بالاجراءات التي يفرضها القانون في المنقولات غير المادية •

وقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لا تسرى في الأصل الا على المنقولات المادية دون المنقولات المعنوية ، وباعتبار الدين منقولا معنويا لا يمكن حيازته حيازة مادية فلا تطبق عليه هذه القاعدة •

ويعتبر انتقال ملكية الدين المحال به من الاستثناءات التي أوردها المشرع على مبدأ انتقال الملكية بمجرد العقد فقد أحاط المشرع انتقال ملكية الدين بشيء من العلنية اذ اخضع انتقال الحقوق الشخصية الى اجراءات خاصة لا يكتسب المحال له

---

(1) راجع المواد القانونيّة التالية : 835 مدني جزائري ، 976 مدني مصرى 2279 مدني فرنسي 307 تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني •

بدونها الحق المحال به وهي الاعلان أو القبول ،لذن العقد لا ينقل ملكية الحق المحال به للمحال له في مواجهة الغير الا من وقت استيفاء أحد من هذين الاجرائين

وهذا ماحدا ببعض الفقهاء الى تشبيه عملية اعلان المحال عليه بالحوالة أو قبوله لها بعملية تسجيل العقد الذى يكون محله عقارا في السجل العقارى وبرروا قولهم هذا بأن اطلاع المحال عليه على واقعة الحوالة يماثل تسجيل العقود التي يكون محلها حقوقا عينية في السجل العقارى ،اذ أن الشخص الذى ترتب له حق عيني على عقار لا يعتبر مالكا ،أولا تنتقل اليه الملكية الا من وقت تسجيل العقد في مكتب التسجيل الذى يقع في دائرته العقار (1) حتى يمكن للذين يرغبون في التعامل في هذا العقار أن يطلعوا على حالة العقار ويعرفوا لمن تثبت ملكيته ،وذلك بمراجعة مصلحة الشهر العقارى ،ونفس الشئ بالنسبة الى الحق المحال به ،فالذين يرغبون في التعامل مع الدائن يجب عليهم أن يطلعوا على حالة الدين ــ الحق الشخصي المحال به ويعرفوا لمن تثبت ملكيته ،وذلك بمراجعة المدين ليتحققوا من بقاء الدين ــ الحق المحال به ــ في ذمة المحيل ويعرفوا قيمته الاسمية ،وتاريخ استحقاقه وطريقة وفائه مع اخطار المدين المحال عليه أن رابطته بدائنه الأصلي ــ المحيل ــ قد زالت وقد حل محله دائن جديد المحال له ــ وأن ملكية الدين قد انتقلت الى هذا الأخير (2)

غير أن هذا التشبيه بين اجراءات نفاذ الحوالة في حق الغير واجراءات شهر التصرفات ــ الواردة على العقار غير مستساغ .

صحيح أن اعلان الحوالة أو قبولها من المحال عليه لا يخرج عن كونه شهر التصرف الذى تمت به الحوالة . لكنه شهر من نوع خاص لا يشبه شهر التصرفات الواردة على العقارات ،وذلك لأن الملكية وسائر الحقوق العينية في التصرفات الواردة

---

(1) راجع زهدى يكن شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني الجزء 6 ص76 ،سيمون كامبيو علم الغير بحوالة الحق غير المعلنة ص25 وما بعدها .
(2) راجع زهدى يكن المرجع السابق ص76 .

على العقارات ،لاتنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة الى الغير الا بعد اتمام التسجيل في السجل العقاري ،بينما في الحوالة تنتقل ملكية الدين فيما بين المتعاقدين ويبقى انتقالها بالنسبة للغير موقوفا على استيفاء الاجراءات التي نص عليها المشرع وهذا ما كان عليه أثر التسجيل في القانون الفرنسي القديم (1) .

فالشهر في باب الحوالة والعقارات يتفق حول هدف واحد هو احاطة التصرف بشيء من العلنية وحماية الغير لكن الشهر العقاري لا يقتصر على حماية الغير فقط بل يهدف كذلك الى حماية الطرفين المتعاقدين (2) .

كذلك فان تعليق انتقال الحقوق العينية العقارية على تسجيلها في السجل العقاري يوجب اعتبار ثمار العقار المبيع ملكا للبائع حتى يتم التسجيل وللمشتري بعد وقوعه ،وكذلك الاعباء المترتبة على المبيع مالم يكن التسجيل مستندا الى حكم قضائي فيستند أثره الى تاريخ الادعاء ،أو الى بيع جبري بالمزاد العلني فيستند أثره الى تاريخ رسو المزاد والاحالة القطعية على المشتري (3) بينما في باب الحوالة فان انتقال الحق المحال به يتم فيما بين المتعاقدين من يوم ابرام عقد الحوالة وبقوة القانون ،ولا ينتقل في مواجهة الغير الا من يوم استيفاء الاجراءات المنصوص عليها قانونا .

ويلاحظ أن بائع العقار يترتب عليه التزام بتنفيذ التزامه بنقل الملكية وذلك بتقديم كل العون والتسهيلات الضرورية لقيام المشتري بتسجيل عقد البيع بينما في الحوالة لا يكون المحيل مطالبا بتنفيذ أي التزام ،لأنه في الأصل قد نفذ التزامه بمجرد نشوئه ولم يبق هناك أي التزام ينفذه مادام أن الملكية انتقلت بموجب العقد وبقوة القانون ،كما لا يكون المحيل ملزما بالقيام باجراءات الاعلام المنصوص عليها ،وعدم قيامه بها لا يستتبع انعقاد مسؤوليته .

---

(1) راجع سليمان مرقس عقد البيع ص 281 وما بعدها
(2) راجع جاك يوسف الحكيم المرجع السابق ص 191 .
(3) راجع جاك يوسف الحكيم المرجع السابق ص 197 .

لقد قصد المشرع في باب الحوالة تأخير انتقال ملكية الحق المحال به فـي مواجهة الغير الى وقت اتمام اجراءات النفاذ التي ليس لها أثر رجعي اذ لا يعتبر المحال له مالكا للحق المحال به بالنسبة الى الغير الا من يوم القيام باجراءات الاعلام بواقعة الحوالة ، فخلـق بذلك وضعا شاذا ، اذ أن الشخص الواحد يعتبر مالكا ـ في العلاقة بين المحيل والمحال له ـ وغير مالك في الوقت ذاته ـ في العلاقة بين المحال لـه والغير ـ وهذا الاشكال الذى أوجدته شروط نفاذ الحوالة ناتج عن الارتباك الذى وقع فيه الفكر القانوني عموما والمشرع على وجه الخصوص ، ولا يمكن تفسير هذا الارتبـاك الا في ضوء البعد التاريخي لهذا الاجراء الذى أخذت به القوانين العربيـة متأثرة في ذلك بالقانون الفرنسي الذى نقله بدوره عن القانون الروماني كما وجـده في مصنفات جوردان ، دون أن يتفطن واضعو القانون الفرنسي القديم الى أن هـذا الاجراء أصبح عديم الجدوى ، لأن الرومان قد أوجدوا هذا الاجراء للتغلب علـى عدم قابلية انتقال الالتـزام (1) وما دامت القوانين الوضعية الحديثة قد أخذت بمبدا انتقال الالتزام فان أسباب بقاء الاعـلان قد زالت ، ولهذا فان احتفاظ القوانيـن الحديثة به يعتبـر خـطأ قانونيـا (2) .

ففي ظل القوانين القديمة ، كانت الارادة غير قادرة على نقل الملكية اذ كـان يتطلب الأمـر بعد تمام العقد أن يحصل المشترى على تسليم الشيء محل العقد (3) . وبدون التسليم كانت الملكية لا تنتقـل الى التملك الجديد ، الذى لا يصبح مالكا متـى تسلم ، وان كانت هذه القاعدة قابلة للتطبيق بالنسبة الى الأشياء المادية ، فانـه لا يمكـن اعتمادها بالنسبة الى الأشياء المعنوية ، وحينئذ فان العقد لا يمكن أن يرتب الا مجرد التزامات شخصية ، فمشترى الحق لا يمكنه أن يتسلم الشيء محل الحوالـة بمجرد انعقادهـا ولا يمكن الوصول الى هذه النتيجة الا بالاعلان ، فكـان

---

(1) راجع كامبيو في المرجع السابق ص25

(2) راجع كامبيو في المرجع السابق ص25

(3) "... L'Acheteur doit obtenir la saisine, la saisine c'est la possession mais une possession qui offre un carractére particulier ..."

الاعلان في المنقولات المعنوية يعادل التسليم في المنقولات المادية (1)، وما دامت فكرة التسليم التي كان يترتب عليها نقل الملكية قد زالت فيجب ان يزول كذلك الاعلان غير أن هذا لم يحدث ،بل ان القوانين المدنية الحديثة قد احتفظت به ولا بد لها من اعماله حتى لا يكون شكلا بلا مضمون ، وقاعدة بلا فائدة ،ولهذا التجأت الى استعماله كوسيلة اشهار (2).

والمشكل هو ان الاعلان لا يلعب الدور الكامل الذى وظف من أجله ،صحيح هو أنه يعتبر اشهارا كاملا بالنسبة الى المدين المحال عليه، أما بالنسبة الى الغير فلا يعدو أن يكون اجراءا غير مباشر (3) فالحوالة بالنسبة اليهم تبقى في الخفا ، وحتى يصبح الاعلان فعالا ، يجب ان يكون المعنيون بالأمر – المتعاملون في الحق – حذرين ويجب ان يراجعوا المحال عليه ،لأن الحوالة لا تنقل الحق المحال له في مواجهة الغير الا بعد استيفاء اجراءات الاعلام ،وهذا يؤدى الى علمه بحالة الحق ، لكن هذا في حد ذاته غير كاف فيجب ان يكون المحال عليه صادقا وأمينا في اخبار الغير بحالة الحق ، ولكنه قد يدلي بمعلومات كاذبة او يظهر ارادة سيئة في افادة الغير بحالة الحق أو قد يتواطأ مع المحيل ويقدم معلومات مبهمة او ناقصة قد تؤدى الى المساس بجوهر الحق فيما بعد ، بل قد يمتنع عن تقديم المعلومات نهائيا فما الذى يحدث حينئذ ؟

وفي حالة عدم ادلاء المحال عليه بالحقيقة ، او سكوته ،فان المحيل او المحال له قد يتضرر فمن هو المسؤول ؟ هل يعتبر المحال عليه مسؤولا عن الضرر الذى حدث أى هل هو مخطيء ؟ اعتقد ان الاجابة هي بعدم مسؤولية المحال عليه لأنه ليس ملزما بأن يعلم كل الناس الذين يتقدمون اليه للاستعلام عن حالة الحق ،فليس

.../...

---

(1) راجع في كل هذا سيمون كامبيو المرجع السابق ص26 وما بعدها .
(2) راجع كامبيو المرجع السابق ص102 وما بعدها .
(3) راجع كامبيو المرجع السابق ص103 .

هناك أى نص قانوني يلزمه مباشرة بهذا التكليف ، وبالتالي فهو معفي من هذه الخدمة المجانية التي تكلفه وقتا وجهدا ، ومع هذا يجب التنبيه الى أن اعفاء المحال عليه من أية مسؤولية يلحق اضرارا جسيمة بالتعامل المالي و خاصة ان المشرع قد جعـــل من المدين المحال عليه مركزا للاشهار ، فهو بالنسبة الى الحقوق الشخصية يلعب الدور الذى يلعبه سجل الشهر العقاري ، ومع هذا لم يحاول ابدا اى شخص انكار مسؤولية محافظي مصلحة الشهر العقاري في حالة الغش ، او في حالة رفض الاعلام بما هو مسجل لديهم ، وهذا فرق بين الاعلام في باب الحقوق الشخصية ونظام الشهر في باب الحقوق العينية الواردة على عقار والعجيب أننا لم نصادف معالجة لهذه المشكلة لدى الفقهاء (1) .

.../...

(1) راجع في كل هذا الاستاذ سيمون كاميو في مرجعه السابق ص103 و 104 وما بعدها .

الفصـــــل الثانـــــي

العلـــــن الفعلـــــي

لقد سبق أن رأينا أن المشرع لم يكتف بانعقاد الحوالة صحيحة بين المحيـل والمحال له لجعلها نافذة في حق الغير ، وحجة عليهم • بل لقد اشترط لنفاذ هـا علم المدين المحال عليه علما قانونيا ، ووضع لهذا الغرض وسيلتين قانونيتين يتم بواسطتها اعلام المدين بواقعة الحوالة ، وهما الاعلان ، والقبول •

لكن قد يحدث في بعض الاحيان أن يحاط المحال عليه علما بواقعة الحوالـة ليس وفقا للاجراءات المنصوص عليها قانونا ، وانما بناء على وقائع مادية أخرى تحيطـه علما بوقوع الحوالة كأن يكون الحق المحال بمضمونا برهن رسمي ، ويؤشر المحـال له على هامش القيد بالحوالة ، فيعلم المحال عليه بها من هذا الطريق • كما قد يعلم المحال عليـه بالحوالة بطرق أخرى كحضوره في مجلس العقد وقت صدور الحوالـة ، وقد يخبر بها من طرف شخص اجنبي ، وقد أخطر بوقوعها شفويا ، او برسالة غير مسجلة • كل هذه الوقائع تتمخض عن علم المدين المحال عليه بواقعة الحوالة • وهذا ما يتوخاه المشرع ، لكن ليس بالكيفية التي نصت عليها القوانين الوضعية • فهل يغني هذا العلم الفعلي بواقعة الحوالة عن العلم القانوني ؟ وبناء عليه تصبح الحوالة نافذة في حق الغير وحجة عليهم ، وبالتالي لا يمكنهم التمسك بعدم اعلان الحوالة او قبولها مـــن طرف المحال عليه ؟ ام ان هذا العلم الفعلي لا يغني عن العلم القانوني الذى اشترطه المشرع ، فيكون بالتالي للغير وفي مقدمتهم المدين المحال عليه ، ان يتجاهلوا الحوالة ، ويتمسكوا بعيب تخلف الاجراءات القانونية رغم علمهم الواقعي أو الفعلي ؟

أحاول استقصاء الاجابـة عن هذه التساؤلات من خلال موقف المشـــرع واجتهادات الفقـه والقضـاء في هـذا الشـأن •

.../...

أولا : موقف المشرع : لم يدع المشرع أي مجال للشك في الدلالة على موقفه من فكرة العلم الفعلي بالحوالة ،فأخذا بمضمون النصوص التشريعية يظهر لنا جليا أن العلم الفعلي لايغني أبدا عن العلم القانوني ،ولا يقوم مقامه ،ولا يمكن أن يكون كافيا لجعل الحوالة نافذة في حق الغير وحجة عليهم ،حتى لو قام المعنيون بالأمر باثبات هذا العلم الفعلي ،بل حتى لو أقر المحال عليه نفسه علمه بهذه الحوالة ،[1] ذلك أن أحكام القواعد القانونية التي أوردها المشرع في هذا الشأن قد جاءت آمرة بحيث تقضي بأنه : " لاتكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير الا اذا قبلها المدين أو أعلن بها ...[2] وأمام صراحة هذا النص لم يبق هناك مجال للقول في هذه التقنينات بأن العلم الفعلي يغني عن العلم القانوني فلابد لنفاذ الحوالة في حق المدين ،وفي حق الغير من أن يعلم بها المدين المحال عليه علما قانونيا ،مع الاشارة الى أن هذه الاجراءات قد أوردها المشرع على سبيل الحصر ، فلا يجوز الخروج عليها أو استعاضتها بوسائل أخرى حتى لو كانت هذه الوسائل تؤدى الى نفس النتيجة لان القاعدة أنه عندما يشترط القانون استيفاء بعض الاجراءات لنفاذ تصرف معين في مواجهة الغير ،فلا يجوز

---

(1) راجع السنهوري المرجع السابق ص 481 .وخاصة هامش ص 483و484 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 503 سيمون كامبيو المرجع السابق ص 33.

(2) راجع المواد التالية 241 مدني جزائري 305 مدني مصري 283 موجبات وعقود لبناني 1690 مدني فرنسي .

وتجدر ملاحظة أن المشرع المصري قد كان ينص في المادة 432 من مشروعه التمهيدي على كفاية العلم الفعلي لنفاذ الحوالة ،وجعله يغني عن العلم القانوني ،غير أن نص هذه المادة قد حذف في لجنة المراجعة بحجة أنه يعتبر نتيجة طبيعية منطقية للتصوير الفرنسي في هذا الشأن ،وأن نصها يتضمن حكما تفصيليا رؤي الاكتفاء فيه بتطبيق القواعد العامة . (عن مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجزء 3 ص118و119).

والواقع أن حكم هذه المادة تفصيلي ،وقد كان المراد به العدول عن التصوير الفني للتقنينات الأخرى الذي يجعل العلم الفعلي يغني عن العلم القانوني على أن يحمل المحال له عبء اثبات العلم الفعلي ،وليس دقيقا ما تقرره المذكرة الايضاحية من أن هذا التصوير الاخير هو نتيجة طبيعية منطقية للتصوير الفرنسي=

استظهار العلم بهذا التصرف الا في نطاق الوسائل التي هيأها المشرع لهذا الغرض ، فان كان التسجيل طريقا لشهر انتقال الحقوق العينية العقارية فلا يكون انتقال هذه الحقوق الا بعد تسجيل التصرف، واذا كان المشرع قد اشترط لنفاذ الحوالة أن يتم اعلانها للمحال عليه اوقبوله لها ، فلاتصبح نافذة في حق المدين المحال عليه والغير الا بعد استيفاء هذه الاجراءات (1) .

وأعتقد أنه لا مبرر لوجود هذين الاجراءين الا اعلام المحال عليه بواقعة الحوالة وعليه فان علمه خارجا عن نطاق هذين الاجراءين لا يمكن ان يكون له أية فعالية في نظر القانون ولا يترتب عليه نفاذ الحوالة في حق الغير بما فيهم المحال عليه الذى يجوز له ان يبرئ ذمته لدى المحيل لان الحوالة لا تعتبر موجودة بالنسبة اليه ، وهو غير مطالب بأحكامها خاصة وأن التزامه بتسديد الدين هو التزام

.../...

= (عن السنهورى الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 3 هامش ص 484
وأعتقد ان ماذهب اليه الاستاذ السنهورى منطقي ولو أن المشرع المصرى لم يحذف هذا النص سجل خطوة جبارة ، لكن الغريب ان الاستاذ السنهورى هو الذى اقترح حذفها أى المادة 432 ثم نجده أول من يثير النقص الذى تركه ؟

(1) راجع موسوعة داللوز المدنية لسنة 1950 (باب حوالة الحق) بند 302 وما بعده ، السنهورى المرجع السابق ص 481 . سليمان مرقس شرح القانون المدني الجزء 2 ص 781 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 504 .
وراجع عكس هذا الرأى شفيق شحاتة حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص 33 .

في مواجهة المحيل اصلا ، وليس له أن يتمسك بعلمه الفعلي لدفع مطالبة المحيل بالحق .

ثانيا : موقف القضاء : لقد رفض القضاء الفرنسي العلم الفعلي كفكرة بديلة عن العلم القانوني كمبدأ عام (1) ، ورفض اعتبار المدين المحال عليه الذي علم بالحوالة بطرق اخرى غير تلك التي حددها القانون ، مدينا للمحال له ، لأن هذا العلم الفعلي بالحوالة الذي تم خارج ما استلزمه القانون ليست له أية قيمة قانونية او اية فعالية ، اذ أن المشرع لم يجز للمحال له تبرير عدم قيامه بالاجراءات التي يفرضها القانون بالعلم الفعلي للمحال عليه بواقعة الحوالة (2) ، كما قضى بأنه ليس للمحال عليه أن يتمسك بعلمه الفعلي لدفع مطالبة المحيل بحقه (3) .

.../...

---

(1) راجع حكما لمحكمة النقض الفرنسية صادرا عن الغرفة المدنية بتاريخ 17 فيفرى 1937 منشورا بدالوز الدورى 1937 — 221 ، وراجع في القضاء المصرى حكم الاستئناف المختلط في 20 ديسمبر 1899 المنشور بمجلة المحاماة عدد 11 ص 49 .

(2) راجع في القضاء الفرنسي الاحكام التالية حكما لمحكمة النقض بتاريخ 7 ديسمبر 1827 منشورا بسيرى 1828—1—42 وحكما صدر عن غرفة العرائض بتاريخ 6 مارس 1828 منشورا بدالوز 1823 — 251 وحكما اخر لنفس الغرفة صدر بتاريخ 17 مارس 1840 منشورا بسيرى 1840—1—197 ، وحكما صدر عن الغرفة المدنية بتاريخ 13 جويلية 1910 منشورا بدالوز الدورى 1911 — 1 — 222 ، ولنفس الغرفة كذلك حكم صدر بتاريخ 27 نوفمبر 1944 منشور بدالوز 1945 — 78 كما أصدرت غرفة العرائض حكما بتاريخ 5 أوت 1941 منشورا بسيرى 1942 — 1 — 139 .

(3) راجع بالاضافة الى الاحكام السابقة الذكر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 20 جوان 1938 المنشور بدالوز 1939 — 1 — 26 مع تعليق الاستاذ اليكس ويل .

ويلاحظ ان القضاء الفرنسي ، بالرغم من موقفه المتشدد ، وجاراته للمشرع فيما قرره من مبدأ عدم كفاية العلم الفعلي لجعل الحوالة نافذة في حق الغير وحجة عليهم ، ومن ضرورة التطبيق الحرفي للنصوص القانونية كان دائما يبحث من خلال ظروف المنازعات المعروضة عليه ، التي كانت تفرزها الحياة العملية ، عن مبرر لاتخاذه كغطاء يسمح له بالتدخل من أجل تلطيف قسوة حكم القواعد القانونية ، واعطاء بعض المرونة العملية ، دون انتهاك حرمة هذه القواعد او المساس بفحوى احكامها .

وقد سبق لهذا القضاء — كما اشرت الى ذلك عند ما تعرضت لفكرة القبول — ان اعترف بالآثار القانونية التي يرتبها قبول المحال عليه غير الرسمي كالقبول الذى يتم في ورقة عرفية ، والقبول الشفوى ، والقبول الضمني ، اذ ان هذا القبول كاف لجعل الحوالة نافذة في حق المحال عليه فقط ، وقد تذرع القضاء الفرنسي بقاعدة الغش ، ليمنع المدين المحال عليه من التمسك بعدم استيفاء الاجراءات القانونية ، ثم يعمد غشا متواطئا مع المحيل الى الوفاء بالدين اضرارا بحقوق المحال له ، وقد يحصل في مقابل ذلك على منفعة من المحيل كأن ينزل له عن جزء من الدين ، فالوفاء بالدين للمحيل هنا باطل ابطله الغش والتواطوء . وقد جعل القضاء للعلم الفعلي للمحال عليه نفس الاثار التي يرتبها الاعلان الرسمي ، ذلك ان الغش عيب يفسد كل التصرفات ، ويعتبر استثناء من كل القواعد القانونية .(1)

.../...

---

(1) راجع حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 13 جويلية 1831 المنشور بدالوز 1831 — 1 — 42 وحكما لغرفة العرائض بتاريخ 1874 منشورا بسيرى 1875 — 1 — 399 ، ودالوز 1874 — 1 —
وحكم اخر صدر عن الغرفة المدنية بتاريخ 10 جانفي 1905 منشورا بسيرى 1905—1—328 وحكما لمحكمة باريس بتاريخ 11 اكتوبر 1912 منشورا بمجلة القصر (GAZ- PAL) 1913—1—501 .
وراجع القضاء المصرى في حكم الاستئناف المختلط بتاريخ 7 ماى 1898 منشور بمجلة المحاماة عدد 10 ص 203 .

وقد حرصت محكمة النقض الفرنسية على تبيان أنه ليس من الضروري أن يكون مجرد العلم الفعلي للمحال عليه بوقوع الحوالة مكونا للغش، وأن هذا العلم الفعلي ليس دليلا قطعيا على ثبوت الغش في جانب المحال عليه،(1) فقد يسمع المحال عليه بالحوالة، لكنها لا تؤكد من طرف المحال له أو المحيل فيعتقد المحال عليه أن الحوالة التي سمع بها لا حقيقة لها، وقد يكون المحيل شخصا سيء النية فيقوم بعد حوالته للحق بمطالبة المحال عليه بالدين، ويلح في هذا الطلب قبل علمه القانوني، فلا يكون أمام هذا الاخير الا ان يفي بالدين للدائن الاصلي - المحيل - وفي هاتين الحالتين لا يكون هذا العلم مكونا للغش، ولا يعد المحال عليه مرتكبا للغش بتسديده الدين الذي في ذمته بالرغم من علمه الفعلي بالحوالة.

واذا كان العلم الفعلي للمحال عليه بالحوالة المنطوي على غش من طرفه كافيا لجعل الحوالة نافذة في حقه وحجة عليه، فان القضاء قد وقف موقف الرافض من امتداد اثار العلم الفعلي للمحال عليه بواقعة الحوالة الى باقي الاغيار وبعبارة اخرى فان العلم الفعلي للمحال عليه بالحوالة لا يجعلها نافذة الا في حقه(2) ولم يتردد القضاء الفرنسي في اصدار عدة أحكام

.../...

(1) راجع حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن غرفة العرائض بتاريخ 17 مارس 1840 ومنشور بسيري 1840 - 1 - 197 وقد جاء فيه على الخصوص:- " le fait" connaissance en le suposant établi; ne serait pas constitutif de la fraude.

(2) راجع حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن غرفة العرائض بتاريخ 25 جويلية 1832 والمنشور بدالوز 1833 - 1 - 67 وحكما آخر لمحكمة روان بتاريخ 14 جويلية 1847 منشورا بدالوز 1849 - 2 - 241.

أقر فيها بكفاية العلم الفعلي للغير لجعل الحوالة نافذة في حقهم وحجة عليهم ، وخاصة المحال له الثاني الذى يتواطأ مع المحيل اضرارا بحقوق المحال له الأول فيبادر الى استيفاء الاجراءات القانونية اللازمة لجعل حوالته نافذة ، وبالتالي الى شل كل الآثار القانونية التي كان من المفروض أن ترتبها الحوالة الاولى

ويرى هذا القضاء ان حكم المواد القانونية المتعلقة بالاجراءات اللازمة لجعل الحوالة نافذة لا يمكن التمسك به الا من قبل الغير حسن النية.(1)

وقد فرع القضاء الفرنسي عن هذا بطلان كل تصرف يقع بقصد تعطيل الحوالة التي لم تعلن متى كان المتصرف قد علم بها علما فعليا وصدر تصرفه هذا بقصد الاضرار بالغير بسبب خطئه او رعونته ، ومؤدى ذلك أن البطلان يعتبر تعويضا عن هذا الخطأ أو تلك الرعونة وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية .(2)

.../...

---

(1) راجع حكما لمحكمة النقض الفرنسية صادرا عن غرفة العرائض بتاريخ 14 مايو 1831 ومنشورا بسيرى 1834 ـ 1 ـ 718.

(2) راجع حكما لمحكمة النقض الفرنسية صدر عن غرفة العرائض بتاريخ 6 مارس 1838 منشورا بسيرى 1838 ـ 1 ـ 630 ، وقد جاء في هذا الحكم على وجه الخصوص :ـ

Attendu que chacun est responsable du dommage qu'il a causé a autrui non seulement par son fait, mais encore par néglegence ou par son imprudence,

Attebdu qu'il résulte de l'ensemble des actes faits et circonstances de la cause que le cédant ne pouvait plus disposer de sa créance, l'arret attaqué (De la cour de par 20 Février 1937) constate en fait que l'acquisition faite le paiement effecté par le cessionnaire constituaient de part un acte d'imprudence et par son fait il a porté préjudiceaux créanciers du cédant, acquereurs serieux et entérieurs que d'aprés cela, en privant le cessionna du bénéfice de la cession faite a son profit par le céda de la moitié de la créance dont s'agit, l'arret attaqué n'a fait qu'une juste application du principe de l'article 1382 "

ثالثا : موقـــف الفقـه : هناك خلاف بين الفقهاء حول مدى كفاية العلـم الفعلي لجعل الحوالة نافذة في حق الغير وحجة عليهم ، ويمكن ارجاع هـذا الخلاف الى ثلاثة اتجاهات رئيسية أختصر عرضها فيما يلي :-

الاتجاه الاول : ينادى فقهاء هذا الاتجاه [1] بضرورة التطبيق الحرفي للنصوص التشريعية التي وردت في القوانين الوضعية ، وبالتالي فان الحوالـة لا تصبح نافذة في حق الغير وحجة عليهم قبل استيفاء الاجراءات المنصوص عليها ولا يعتد بالعلم الفعلي الواقع للغير مهما كان نوعه أو مصدره ، فلا يمكـن في رأى هذا الاتجاه تشبيه المحال عليه الذى احيط علما بالحوالة بايـة طريقة كانت خارجة عن الاطار الذى حدده المشرع سلفا ، بالمحال عليه الذى قبل الحوالة ، فالمحال له الذى لم يقم بالاجراءات القانونية اللازمة لنفـاذ الحوالـة ، يكون قد اغفل استثمار حوالته بطريقة شرعية طبقا لما حدده القانون وما دام المحال عليه لم يدل بتعهده امام المحال له فلا تلزمه الحوالـة ولا تنتج أى أثر في مواجهته .

وقد أخذ هذا الاتجاه بطريق القياس على ما أورده المشرع الفرنسـي في قانون 23 / مارس 1855 المتعلق بالتسجيل العقارى ، الذى جعل التسجيل شرطا ضروريا لا بديل عنه للاحتجاج على الغير بالتصرفات الواردة على العقارات. [2]

ويلاحظ ان هذا الاتجاه قد اسقط من حسابه عنصرا مهما ورد في قانون التسجيل السالف الذكر ، ينحصر في حالة الغش، ففي هذه الحالة ينتج التصرف اثره حتى لو لم يسجل [3] ، واذا كان لا يمكن تشبيه المحال عليه الذى علم بالحوالة علما فعليا بالمحال عليه الذى قبل الحوالة من حيث الاثار المترتبة عليهمـا فمن باب اولى لا يمكن تشبيه وضع المحال عليه الذى قبل الحوالة بوضع المحال عليه الذى اعلن الحوالة ، اذ ان وسائل الاعلام التي اورد هـا المشرع تختلـف من حيث مدى آثارها عن بعضها البعض ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى

.../...

---

(1) يرى اقطاب هذا الاتجاه ضرورة تطبيق المواد التالية، والتي سبق ان تعرضت لها 241 مدني جزائري، 305 مدني مصرى، 283 عقود موجبات لبناني 1690 مدني فرنسي

(2) راجع في هذا الاتجاه : Colmet de santerre cours analytique du code civil t5PI36 Mourlon re petition sur le code civil T 3 P 684. عن كامبيو المرجع السابق ص 34 .

(3) راجع كامبيو في المرجع السابق ص 35 .

فان قبول المحال عليه لا يعد وأن يكون مجرد اقرار علمه بحصول الحوالة ، وليس تعهدا شخصيا بتسديد الدين كما يتصور هؤلاء الفقهاء اذ يبقى للمحال عليه بعد قبوله للحوالة ان ينازع المحال عليه في أصل الحق وان يتمسك في مواجهته بكل الدفوع التي كان يمكنه ان يتمسك بها في مواجهة المحيل .

<u>الاتجاه الثاني :</u> أما أصحاب هذا الاتجاه فينطلقون من المبدأ العام القائل بان العلم الفعلي للمحال عليه بالحوالة ، ليست له أية قيمة قانونية ولا يجعل الحوالة نافذة في حق الغير وحجة عليهم ، ولا يصلح هذا العلم الفعلي من الدفع بعدم استيفاء الاجراءات القانونية اللازمة ، الا اذا كان ينطوي على فعل مكون للغش

والغش هنا هو ان يكون المدين المحال عليه عالما بوقوع الحوالة علما فعليا ثم يعمد متواطئا مع المحيل الى الوفاء له بالدين غشا واضرارا بالمحال له ، فالوفاء هنا باطل ، أبطله الغش والتواطؤ ، وكذلك الحال بالنسبة الى المحال له الثاني الذى يتواطأ مع المحيل السيء النية ويبادر تحايلا الى جعل حوالته نافذة قبل نفاذ الحوالة الأولى فيجوز للمحال له الأول الا يعتد بالحوالة الثانية التي وقعت غشا واضرارا بحقوقه .(1)

ويلاحظ ان هذا الاتجاه اقل تشددا من سابقه ، اذ انه يحرم مرتكبي الغش من التمسك بعدم استيفاء اجراءات النفاذ التي يطلبها القانون ، وقد استند لتبرير موقفه على القاعدة الرومانية الشهيرة ، الغش يبطل كل التصرفات ،
" Frausommia Corrumpit " .

كما استلهم احكام قانون 23 مارس 1855 الذى نص في مادته الاولى على وجوب تسجيل العقود الناقلة للحقوق العينية التي يكون محلها عقارا لتصبح نافذة في حق الغير وحجة عليهم وقرر في المواد التالية بأن العقود المسجلة لا

.../...

(1) راجع موسوعة دالوز المدنية لسنة 1950 باب حوالة الحق بند 302 ومابعده ، السنهوري المرجع السابق ص 482 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 504 وهامشها ، سيمون كامبيو المرجع السابق ص 35 .

يحتج بها على الغير حسن النية الذى تعاقد بدون غش اذا كانت هذه العقود مصحوبة بغش، وفي رأيهم انه يمكن اعتماد هذا الحل في باب الحوالة ، لأن الاعلان يعادل التسجيل واذا كان فقهاء هذا الاتجاه قد اتفقوا حول المبدأ العام بأن الغش يفسد التصرف ويسقط حق الاحتجاج به على الغير . فانهم اختلفوا فيما يعد غشا ويفسد التصرف (1) .

فمنهم من ذهب الى القول بأن العلم الفعلي في حد ذاته يعتبر مكونا للغش لأن الاجراءات التي وضعها المشرع لاعلام الغير بالواقعة القانونية هي لتجنيبهم الوقوع في الخطأ نتيجة لعدم علانية التصرف . واذا كان الغير على علم بالعمل القانوني الذى لم يشهر فانهم لو أجروا تصرفا فانهم يكونون قد تصرفوا بسوء نية ، ويجب ان يتحملوا تبعة تدليسهم ومسؤولية اخطائهم ، فالذين يتصرفون بسوء نية ، لا يمكنهم التمسك بعدم استيفاء الاجراءات القانونية اللازمة لنفاذ التصرف الذين هم على علم به رغم عدم مراعاة ما يفرضه القانون لأنهم تصرفوا بسوء نية والغش كما نعلم يعتبر استثناء من كل القواعد (2) .

ومنهم من ذهب الى ان العلم الفعلي في حد ذاته لا يعد مكونا للغش فالغش بالمعنى الفني للكلمة هو عبارة عن تدليس يقوم به الشخص من اجل الاضرار بالغير (3) . فالعلم الفعلي للمدين المحال عليه بوقوع الحوالة لا يعتبر سببا كافيا في ثبوت الغش في جانبه لانه قد يسمع بالحوالة لكنها لا تؤكد بصفة نهائية فيظن ان ما سمعه حول هذه الحوالة لا يعدو أن يكون مجرد اشاعات . وقد يكون الدائن الاصلي ــ المحيل ــ شخصا سيء النية فيطالبه بالدين فليس له الا ان يفي له بالدين ولا يكون مرتكبا للغش بالرغم من علمه بالحوالة . وكذلك الحال عند العلم الفعلي الحاصل للمحال له الثاني ، فقد يظن ان الحوالة

:../...

---

(1) راجع الاستاذ سيمون كامبيو في المرجع السابق ص 35 وما بعدها .

(2) راجع اصحاب هذا الرأى Laurent principes du droit civil T9 P487 et suite Guillouard. traite de vente et de l'echange T3P7 8I et suite HUC cession .// suite ./; decre- ance T2 P30 et suite.

(3) راجع في هذا الرأى سيمون كامبيو المرجع السابق ص 39 وما بعدها .

الأولى التى سمح بها قد انقضت ، وقد يكون موقنا بأنها لا زالت ، ولكن لا يثبت الغش في جانبه اذا سبق ان اتفق مع المحيل على الحوالة الثانية قبل علمه بالحوالة الاولى ، فلا يكون امامه حينئذ الا ان يبادر بالمحافظة على حقوقه بجعل حوالته نافذة . وكذلك الامر بالنسبة الى الدائن العادى للمحيل اذا كان حقه ثابتا قبل صدور الحوالة ، فانه اذا بادر الى توقيع حجز تحفظي تحت يد المدين حتى بعد علمه بصدور الحوالة ، لا يكون مرتكبا لفعل مكون للغش ، وانما هو يسعى لدفع الضرر عن نفسه (1) . اذن فان مجرد العلم الفعلي لا يمكن ان يمنع الغير من التمسك بعدم استيفاء الاجراءات القانونية ماعدا في حالة الغش الذى ينطوى على نية الاضرار بالغير حسن النية . وليقوم الغش في جانب المحال عليه او المحال له الثاني ، يجب ان يثبت عليهم قيامهم بعمل ايجابي من أجل الاضرار بالغير كتواطوء المحال عليه مع المحيل للاضرار بالمحال له وكذلك تواطوء المحيل مع المحال له الثاني الذى يبادر الى جعل حوالته نافذة قبل نفاذ الحوالة الاولى لتعطيل كل آثارها القانونية (2) .

<u>الاتجاه الثالث</u> : هذا الاتجاه يقوم أساسا على التمييز بين الغير في المعاملة بالنسبة لاجراءات النفاذ .

فنجد " تروبلوغ " " TRO LONG " يقسم الغير الى فئتين : المدين المحال عليه من ناحية وباقي الاغيار من ناحية أخرى . فبالنسبة الى المحال عليه يكفي في نظره ، أن يدلي بقبوله للحوالة في وثيقة عرفية ، بل يكفي قبوله الشفوى ، أو الضمني ، لكي تصبح نافذة في حقه وحجة ، ولا يجوز للمحال عليه عندئذ ان يفي بقيمة الدين للمحيل . أما باقي الاغيار فلا تصبح الحوالة نافذة في حقهم ولا حجة عليهم الا اذا تم اعلانها الى المحال عليه اعلانا رسميا . أو قبلها قبولا ثابت التاريخ (3) .

.../...

(1) راجع سيمون كامبيو المرجع السابق ص 40 السنهورى المرجع السابق ص 5 48 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 5 50 .

(2) راجع على الخصوص سيمون كامبيو في المرجع السابق ص 40 وما بعدها .

(3) راجع TRO LONG de la Vente-T.2 P900 (عن كامبيو المرجع السابق ص 42) .

ويتفق د يفرجي " DUVERGIE " مع زميله تروبلوغ حول تقسيم الغير في باب الحوالة ، لكنه يختلف عنه في الحلول التي يصل اليها ، فالمحال عليه في نظره ليس له أن يرفض الوفاء لدائنه الأصلي ـ المحيل ـ مادام لم يتلق اعلانا رسميا بالحوالة التي يدعي علمه بها ، وليس لعلمه هذا أية فائدة ، وذلك عملا بما يطليه القانون (1) . اما باقي الاغيار فان علمهم الفعلي بالحوالة كاف لجعلها نافذة في حقهم وحجة عليهم ، وتعاملهم بعد ذلك في الحق المحال به يعتبر باطلا لقيامه على نية الغش (2) .

أما اوبرى ورو " AUBRY et RAU " فيقسمان الغير الى فئتين هما : دائنو المحيل العاديون من ناحية ، والمحال عليه ، والمحال لهم التاليان بنفس الحق من ناحية اخرى ، ويريان ان العلم الفعلي للدائنين العاديين للمحيل بالحوالة ، لا يمنعهم من توقيع حجز تحفظي على ما لمدينهم لدى الغير وهم لا يكونون في ذلك مرتكبين لغش للاضرار بالمحال لهم لأن هدفهم هو دفع الضرر عن انفسهم ، اما المحال عليه اذا كان عالما بوقوع الحوالة ، فانه يجب عليه ان يمتنع عن التعامل في الحق المحال به مع المحيل ، واذا قام بالوفاء له غشا وتواطؤا ، فالوفاء بالدين باطل للغش والتواطؤ ، ويجبر المحال عليه بالوفاء مرة ثانية للمحال له ، كذلك الحال بالنسبة الى المحال له الثاني الذى يكون عالما بالحوالة ، ويتواطأ مع المحيل الذى يحول له الحق مرة ثانية ويبادر الى جعل حوالته نافذة قبل نفاذ الحوالة الاولى ، فان الحوالة الثانية لا يعتد بها لانها وقعت باطلة نتيجة للغش (3) .

.../...

---

(1) وقد اعتمد هذا الفقيه على المادة 1691 من التقنين المدني الفرنسي ولا يوجد نص مقابل لهذه المادة في القوانين العربية .

(2) راجع DUVERGIE de la vente T2P208

(عن كاميو المرجع السابق ص 43) .

(3) راجع الاستاذين AUBRY ET RAY في كتابهما الجزء 4 ص 429 .

والغريب فعلا ، أن نلاحظ أن انصار نظرية العلم الفعلي ومعارضيها كلهم يوسسون نظرياتهم ، وأراءهم على النصوص القانونية . وأعتقد انه مادام هؤلاء الفقهاء يعتمدون كلهم على النصوص التشريعية ، فلا مكان لاستعمال مفهوم معارضين وأنصار ، لأنهم كلهم يؤيدون النصوص التشريعية التي ترفض ، بطبيعتها ومضمونها وهدفها نظرية العلم الفعلي ، فهؤلاء الفقهاء جميعا ينطلقون من أصل واحد لينتهوا جميعا الى نتيجة واحدة ، مع اختلاف وسائل الوصول .

وأعتقد انه كان من الأفضل لو تم بحث هذه القضية في عمقها التاريخي وبعدها القانوني ، ومن ثمة ابراز ظروف نشأة وسائل الاعلام التي تضمنتها قوانيننا الحديثة ، ثم محاولة تطبيقها بحسب ظروفنا الاقتصادية والاجتماعية للوقوف على مدى صلاحيتها للبقاء ، والسؤال الذى لازال قائما هو هل من الضروري فعلا اعلان الذين هم على علم ؟

الفصـــل الثالــث

أوضـاع خاصـة لنفـاذ الحوالـــة

تعتبر اجراءات الحوالة التي أورد المشرع أحكامها في صلب النظرية العامة للالتزامات والعقود بمثابة الشريعة العامة التي كان من المفروض ان تسرى احكامها على حوالة كل الحقوق . غير أن التحديدات التحكمية التي رسمتها لهـــا القوانين الوضعية جعلتها قاصرة على الاستخلاف في الحقوق الشخصية بيـــن الاحياء ، بل لقد استبعد المشرع تطبيق القواعد التقليدية لنفاذ حوالة الحـق على انتقال الحقوق الشخصية والتجارية التي تظم انتقالها بطرق خاصة أوردها في التقنين التجارى ، وهي ترتبط بطبيعة السندات المثبتة لهذه الحقوق ، وهي تختلف في الشكل والاثار عن طرق الحوالة المدنية (1) .

وأريد أن أنبه الى أن موضوع بحثي ينحصر في حوالة الحق كما تضمنتهـــا التقنين المدني ، وبالتالي فان الطرق التجارية لتداول الحقوق تخرج عن دائرة بحثـي ولهذا فسأتناولها باختصار شديد ، وأحيل كل طالب للتوسع الى الكتـب الفقهيـة في القانون التجـارى .

وقد قصدت من التركيز في هذا الفصل المخصص للطرق الخاصة لنفـــاذ الحوالة على الاساليب التجاريـة (2) ، ذلك أنها لم تبق قاصرة على الحياة التجارية

.../...

---

(1) راجع في هذا جبريال مارتي وبيير رينو القانون المدني الجزء 2 ص 825 ، بلانيول وريبير شرح القانون المدني الفرنسي الجزء 7 ص 531 .

(2) ذلك أن هناك طرقا أخرى لانتقال بعض الحقوق ، غير الطرق المدنية أو التجارية للحوالة . فالحقوق العينية العقارية لا تنتقل سواء بين المتعاقدين او في مواجهة الغير الا بعد القيام باجراءات الشهر التي يتطلبها القانون (المواد : 793 مدني جزائرى ، 934 مدني مصرى ، 393 موجبات وعقود لبناني) هذا في القوانين العربية . اما في القانون الفرنسي فيقرر كفايـة انعقاد العقد صحيحا لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، لكنه يشترط لانتقال الملكية في مواجهة الغير تسجيل التصرف (راجع المادة الاولى من قانون الشهر الصادر في 23 مارس 1855 (الذى عدل في 1935/10/20، وفي 4 جانفي 1955)

بل لقد تسربت الى الحياة المدنية وأصبح يستعملها التجار وغير التجار ، نظرا لما تمتاز به من يسر وسرعة ، وما تقدمه للأفراد من فائدة عملية ، اذ انها توفر عليهم الجهد والمال والوقت ، كما انها تمكن الدائن من الحصول فورا على حقه نقدا ، وتمكن المدين من التمتع بالاجل الذى يلزمه للوفاء بديونه (1) .

واذا كان المشرع قد استبعد تطبيق القواعد المدنية لنفاذ حوالة الحق على انتقال الحقوق التجارية ، فمرد ذلك الى ما تتسم به هذه القواعد من شكلية وتعقيد يعوقان التداول السريع لبعض الحقوق التي تكون محل تحويل متواصل ، فرضه نمو المبادلات بين الافراد ، ونشاط الدورة الاقتصادية ، الامر الذى ادى الى اعفاء اجراءات نفاذ الحوالة من القيود ، والاشكال المنصوص عليها في القانون المدني ، وقبول اجراءات سهلة وفعالة لانتقال الحقوق . والمهم في الحوالة ليس طبيعة الحق المدنية او التجارية ، وانما طبيعة الشكل الذى يتخذه هذا الحق لأن الاشكال الخاصة تترتب عليها خصوصيات في طريقة التحويل (2) .

.../...

أما الحقوق الذهنية ، فلا تنتقل من المؤلف الى الغير حقوقه المالية على مؤلفه الا بطريق عقد رسمي (المواد : 36 من الامر 73 ــ 14 المتضمن حق المؤلف في الجزائر ، 37 من القانون رقم 354 لسنة 1954 المصرى)
اما فيما يتعلق بانتقال التركة فقد جعل المشرعان الجزائرى والمصرى احكام الشريعة الاسلامية هي التي تطبق على انتقال ملكية التركة الى الورثة ، وعليه فان التركة لا تنتقل الى الورثة الا بعد سداد الديون تطبيقا للقاعدة الشهيرة " لا تركة الا بعد سداد الديون " فاموال التركة تنتقل الى الورثة بمجرد وفاة المورث وسداد الديون من اموال التركة دون حاجة الى أى اجراء آخر (المواد : 774 مدني جزائرى ، 875 مدني مصرى) وكذلك فان التركة تنتقل الى الورثة بمجرد وفاة المورث ودون حاجة الى اى اجراء اخر في القانونين اللبناني والفرنسي (المواد ، 1696 مدني فرنسي ، 204 موجبات وعقود لبناني .

(1) راجع علي جمال الدين عوض الاوراق التجارية وعمليات البنوك ، ص 5 ، الياس حداد القانون التجارى ص7 ، كاربونييه القانون المدني الجزء 4 ص738 ،

(2) راجع جبريال مارتي وبيير رينو المرجع السابق ص825 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 531 .

فاذا كان الحق ثابتا في شكل تجاري ، فيتم تحويله سواء فيما بين المتعاقدين او بالنسبة الى الغير بالطرق التجارية وهي التظهير والمناولة ، ويطلق على هذه السندات السندات القابلة للتداول او التحويل " وهو المصطلح الفني الذى يستعمل للدلالة على تداول الحقوق الثابتة في هذه السندات بالطرق التجارية. (1)

وتتميز السندات القابلة للتداول بأنها ليست مجرد وسيلة لاثبات الحق الذى تمثله ولكنها حق في حد ذاته ، اذ يندمج الحق في السند المثبت له ويتجسد فيه ، فيحول السند لتحويل الحق الذى يمثله ، وهذا ما جعل هذه السندات سهلة التداول ، فهي توفر عنصرى السرعة والائتمان الذين يشعران الافراد بضرورتهما في ميدان الاعمال. (2)

وتنقسم السندات القابلة للتداول بالطرق التجاريةالى ثلاثة انواع :- السندات للأذن أو للامر ، والسندات للحامل ، والسندات الاسمية ، وجدير بالملاحظة أن هذا التصنيف يقوم على طريقة انتقالها. (3)

.../...

(1) راجع كاربونييه المرجع السابق ص337 .

(2) راجع في هذا الاخوة مازو د روس في القانون المدني الجزء 2 ص1032، فارجات القانون الخاص للاقتصاد الجزء 2 ص187 علي جمال الدين عوض المرجع السابق ص6 . وتجدر ملاحظة ان مبدأ حرية الاثبات مستبعد كلما كان الشكل الدقيق لهذه السندات كأحسن ضمان للمتعاملين .

(3) واذا كانت السندات القابلة للتداول تشترك في خصائص اساسية فليس من السهل تصنيفها تصنيفا علميا ، وهناك تصنيفان رئيسيان هما : تصنيفها بالنظر الى الطرق التي تتداول بها وقد ذكرتها في صلب الموضوع وتصنيفها بالنظر الى الحق الذى تمثله ، وبالنسبة الى هذا التصنيف الاخير يمكن التمييز بين الانواع الاتية :

1 ـ اذا كان السند يلزم موقعه بتأدية مبلغ من النقود فان السند يعتبر تجاريا بالمعني المعروف في التعامل . وتجدر ملاحظة انه قد اختلف في تحديد ما يدخل في مفهوم الاوراق التجارية فمن الفقهاء من يقول بأنه يدخل في مفهوم الاوراق التجارية الكمبيالة والسند لامر والشيك والاسناد المؤمنة" في حين يرى البعض لا يعتبر ورقة تجارية ، ويرى البعض انه يجب ان يضاف للاوراق التجارية السند للحامل ، والايصالات المعطاة من المخازن العامة .

2 ـ واذا كان السند يلزم موقعه بتسليم بضاعة فانه يعبر عنه بالسند الممثل للبضاعة . وأهم هذه السندات وثيقة النقل والايصال المعطى من ملتزم النقل ـــ

السند للأمـــــر، ويشمل السند للأمر الكمبيالة ــ السفــتجة ــ وكل السنـــدات للاذن ويشمل كذلك كل السندات التي وردت في شأنها نصوص خاصة كبوليصة التأمين (1) وبوليصة الشحن وبوليصة التخزين (2) .

واذا كان السند محرر للامر، فان التنازل عنه يتم بطريق التظهير، ويقصـــد بالتظهير عبارة تكتب على ظهر السند تفيد تصرف المستفيد ــ ويسمى عندئذ المظهر في الحق الثابت فيه بالتنازل (3)، ويترتب على التظهير انتقال ملكية الحق الثابت في السند بانتقال ملكية السند من المظهر الى المظهر اليه (4) . دون حاجة الى رضا المحرر ــ المدين ــ لان هذا هو حكم شرط الاذن الذى وضعه في السند عند تحريره (5) .

.../...

═══ وبوليصة الشحن والايصال لامر المؤمن الذى يعطى عادة من قبل المخازن العامة .

3 ــ اذا كان السند يتضمن تأدية ذات صفة مزدوجة فانه يعتبر من القيم المنقولة كالاسهم التي تصدرها الشركات فهي تمثل حصة المساهم وحقه في القائـــدة .

(1) وقد سمح المشرع الفرنسي في المادتين 10 و 61 من قانون 13 جويلية 1930 بأن تتضمن بوليصة التأمين شرط الاذن ،

(2) راجع في هذا الاستاذ السنهوري الوسيط ، الجزء 3 ص486 .

(3) التظهير لا ينقل ملكية السند الا اذا اراد المظهر نقلها بواسطته ، ولذلك تختلف أشكال التظهير واثاره القانونية باختلاف الصغة المستعملة فيه ، فهو اما ان يكون تظهيرا ناقلا للملكية ، أو تظهيرا توكيليا أو تظهيرا تأمينيا .

(4) واذا كان التظهير وسيلة لنقل ملكية السند من شخص الى اخر فليس الوسيلة الوحيدة لذلك لان ملكية السند كسائر القيم المنقولة تنتقل بالوصية ، فالموصى له لا يحتاج الى تظهير السند من قبل الموصى ليحل محله في الحقوق الناشئة عن السند تجاه المسحوب عليه والساحب وسائر الملتزمين به كما تنتقل ملكية السند ايضا بالارث ، فيصبح الورثة بمجرد وفاة مورثهم مالكين للسند تجاه الملتزمين به كل منهم بنسبة حصته في التركة .

وتجدر ملاحظة ان الحق يندمج في السند المثبت له ويتجسد فيه فيحول السند لتحويل الحق الذى يمثله ،

(5) راجع رزق الله انطاكي ، السفتجة او سند السحب ، ص129 ، جمال الدين عوض المرجع السابق ص16 .

وللتظهير اهمية بالغة ، اذ كثيرا ما ينتقل السند من مظهر الى مظهر حتى يلقى رحاله عند المظهر له الاخير الذى يتقدم للمطالبة بقيمته عند حلول ميعاد الاستحقاق ويعتبر كل من يظهر له السند حاملا له حتى يقوم بدوره بتظهيره فيصير مظهرا ويصير المظهر له حاملا وكلما مر السند خلال تداوله بيد اقتضى توقيعا جديدا ، فيتضخم الضمان فيه ، اذ ان كل مظهر يضمن للمظهر له ، ولكل حامل يليه وجود الحق والوفاء به في ميعاد استحقاقه . واذا امتنع او عجز المدين الاصلي - المحرر - عن وفاء الحق عند مطالبته في موعد الاستحقاق ، كان للمظهر له الاخير - الحامل - الرجوع بدعوى الضمان على المظهر الاخير او على اى مظهر سابق لهذا السند ، وهذا الضمان مقرر بقوة القانون ، غير انه يجوز للمظهر ان يشترط اعفاءه من مسؤولية ضمان الوفاء ، فيظل حينئذ ضامنا لوجود الحق فقط ، ومثل هذا الشرط جائز من المظهر ، غير انه لا يفيد من هذا الشرط الا من اشترطه ، طبقا لمبدأ استقلال التوقيعات (1) .

ويلاحظ ان الحق الذى يكسبه المظهر له ، ليس هو ذات حق المظهر بل هو حق جديد خاص به ، ولا تعيبه العيوب التي قد تكون عالقة بحق المظهر ، ذلك أن تداول الاوراق التجارية يحكمها مبدأ عدم الاحتجاج بالدفوع ، أى أن الحق الثابت في الورقة التجارية ينتقل بالتظهير مطهرا من جميع الدفوع التي يكون للمدين ان يتمسك بها على من تلقى الحق من هذا المدين (2) ، وهذا وضع مرغوب فيه لتيسير .../...

---

(1) راجع جمال الدين عوض المرجع السابق ص 43 ، رزق الله انطاكي المرجع السابق ص 127 ، الياس حداد القانون التجاري ص 290 ، راجع كذلك المواد التالية 398 تجاري جزائري ، 137 تجاري مصري . ولكن هذا الشرط لا يجوز من المحرر لان جوهر الورقة هو تعهده اصلا بالوفاء ، وليس له ان يتخلص منه والا اثرى على حساب غيره على خلاف الساحب الذى يجوز له هذا الاشتراط .

(2) وتجدر ملاحظة أنه لا عمل لقاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع الا اذا كانت الورقة محل التظهير ورقة تجارية بالمفهوم القانوني ، اما السند الذى يكون مدنيا لكونه يرد على بضاعة او عمل ، او كان محرر العمل غير تجارى ، او لا تتوافر فيه الكفاية الذاتية او لاى سبب اخر فان تظهير مثل هذا السند وان كان جائزا ، فان حامله لا يفيد من قاعدة تطهير الدفوع . اذ ان القاعدة المقررة في القانون المدني انه ليس للمحال له من الحقوق اكثر مما للمحيل ، فللمحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بجميع الدفوع التي من حقه ان يتمسك بها تجاه المحيل سواء كانت هذه الدفوع تستهدف بطلان الحوالة او التخلص من الدين . (عن جمال الدين عوض المرجع السابق ص 45 ، ورزق الله انطاكي المرجع السابق ص 146) .

تداول السند وتمكينه من خدمة الائتمان (1) ٠

فهذه المزايا والاثار التي تترتب على التظهير لا تترتب على الحوالة المدنيـــة فالمحيل في الحوالة المدنية يضمن وجود الحق المحال به وقت الحوالة واذا كانت الحوالة بعوض، مالم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك ٠ اما في الحوالة بغير عـــوض فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق ٠ ولا يضمن المحيل يسار المدين ولا وفاءه بالدين الا اذا كان هناك شرط صريح بين المتعاقدين ،وفي هذه الحالة لا ينصـرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت الحوالة ما لم يوجد اتفاق صريح يقضي بغير ذلـك وفي جميع الاحوال ،فان المحيل يكون مسؤولا عن افعاله الشخصية ،واذا تحقق الضمان فلا يلزم المحيل الا برد ما استولى عليه من الفوائد والمصاريف ،ولو وجد اتفاق على خلاف ذلك ٠ كما ان المحال له يتلقى نفس الحق الذي كان للمحيل بعيوبه وأوصافه وللمدين أن يتمسك ضد المحال له بكل الدفوع التي كان له ان يتمسك بها ضد المحيل ولهذا فمن مصلحة المحال له ان يحتاط والا يقدم على ابرام الحوالة الا بعد فحص دقيق يتأكد به من سلامة الحق الذي سيتلقاه ،ليطمئن الى حصوله على وفائه عند استحقاقه كما ان الحوالة المدنية تتطلب لنفاذها في حق المدين والغير استيفاء الاجراءات التي استوجبها المشرع ،وهي اعلانها للمدين اعلانا رسميا في ورقة من اوراق المحضرين ـ كتاب الضبط ـ او قبوله لها لاثبات التاريخ ، ويعتبر هذا مسلكا بطيئا معقدا لا يتفق مع السرعة التي يفرضها تداول الاوراق التجارية ،والقيم المنقولة ٠

<u>السند للحامل</u> ،يشمل السند للحامل الاسهم وكل السندات التي تحرر ابتداء لحاملها أيا كان ،ويجوز اضفاء صيغة السند لحامله على أي حق سواء كان مدينا او تجاريـــا وخاصة الشيكـات (2) ٠

٠٠٠/٠٠٠

(1) راجع في كل هذا جمال الدين عوض المرجع السابق ص39 ، رزق الله انطاكـي المرجع السابق ص146 الياس حداد المرجع السابق ص 291 ٠

(2) راجع الاستاذ السنهوري المرجع السابق ص486 والملاحظ ان هذه السنـدات لا تحمل اسم المستفيد ،وانما تتضمن فقط أنها تدفع للحامل ٠

يتم تداول السند لحامله بالمناولة المادية من يد مالكه الى يد المتصرف له دون حاجة الى أى أجراء آخـــر.

واذا كانت هذه الطريقة للتداول أسهل من طريقة التداول بالتظهير ،فانها أضعف من حيث الضمانات التي تخولها للمستفيذ ، فالمحيل او المتصرف في السنـــد للحامل لا يضمن للمستفيد - المتصرف له - وجود الحق الثابت في السند وقت التصرف اى وقت المناولة • ولا يضمن استيفاء هذا الحق فعلا للحامل الاخير الا من تلقى منه السند • دون غيره من الحملة السابقين فالحامل الاخير لا يكون له حق في الرجـــوع الا على محـــرر السند • والحامل الذى تلقى منه هو السند ، دون غيره من الاشخاص الذين انتقل اليهم السند قبله ،اذ لا تضامن بين المحيلين ،ولا بينهم وبين محـــرر السند لحامله • وهذا امر طبيعي لأن كل محيل لا يلتزم الا أمام من يتلقى منـــه السند لأن اللاحقين له لا يعرفونه ما دام اسمه لا يظهر على السنـــد • ولهذا فـــان السند لحامله لا يحقق ضمانا كافيا في استيفاء قيمته عند الاستحقاق اذ أن قيمتـــه تقوم على الثقة في من حـــرره وحده[1] • خلافا لما عليه الحال في الســند الاذنـــي - للأمـــر - الذى يتم تداوله بطريق التظهير ،ويحمل اسماء المظهرين المتعاقبين وتوقيعاتهم قضمان الوفاء بقيمته ناشيء من هذه التوقيعات • فالحامل يمكنه عنــد الاقتضاء وقت الاستحقاق الرجوع على أى واحد من الموقعين لاستيفاء حقه منـــه • وفضلا عن هذا فان صاحب الحق الثابت في سند للحامل يتعرض الى مخاطر ضيـــاع السند أو سرقته • وبما أن هذا السند يعتبر من المنقولات المادية ،فمجرد حيازته يعتبر دليلا على ملكيته ، تطبيقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية • ولهـــذا فان ضاع السند للحامل أو سرق من مالكه الحقيقي ،وباعه من عثر عليه ،او سارقـــه الى شخص ثالث لا يعلم بواقعة السرقة او الضياع ، كان حقا له وضاع نهائيا على مالكه بخلاف حال السند الاذني الذى يتم تداوله بالتظهير ،فهناك اجراءات الاسترداد الحق الثابـــت فيـــه[2] •

.../...

(1) و (2) راجع على الخصوص علي جمال الدين عوض المرجع السابق ص87•

ولكل هذا كان السند للحامل خلافا للسند الاذني قليل الانتشار في الحياة العمليـــة .

السنــد الاسمـي: تشمل السندات الاسمية الاسهم التي تصدرها الشركات ذات الشكل التجاري لتكوين رأسمالها ، وحصص تأسيس هذه الشركات وسندات الريع التي تكـــون للاشخاص على عاتق الدولة ، والسندات التي تتم بها قروض الدولـة (1) .

واذا كان السند اسميا ، فحق مالكه يثبت باجراء تسجيل باسمه في سجـــلات المؤسسة التي اصدرت السند ، وملكية هذا السند تنشأ عن هذا التسجيل ، والمساهم أو صاحب حصة في الشركة على شهادة مكتوبة تحمل اسمه مع تبيان مدى حقه .

ولا تكفي قواعد الحوالة العادية لتحويل السند الرسمي من محيل الى محـــال له ، بل يجب لكي تصبح الحوالة نافذة في حق المدين والغيــر أن يصدر تصريــــح يفيد الانتقال يدون في سجلات الشركة ويوقع عليه المحيـل او ممثله القانوني . ويتـــم تسجيل اسم المحال له في هذا السجل الذى يحتفظ به المدين في مكان اسم المحيل وبدلا منه ، ويحق للمؤسسة المدينة قبل اجراء التسجيل ان تطلب من المحال لــــه اثبات هويته وأهليته ، وهذا التسجيل وحده هو الذى يتجز حوالة السنـــد الاسمـي وتجدر ملاحظة ان التسجيل يمكن ان يتم كذلك تنفيذا لحكم قضائي حاز حجيـــــة الشيء المقضي فيــه (2) .

وهذه الحوالة تخول للمالك الجديد الذى سجل اسمه حقا شخصيا مباشــرا وليس للمؤسســـة المدينة ان تدلي بأي سبب من أسباب الدفع التي كانت للمؤسســـة في مواجهة مالكي السند السابقيــن (3) .

.../...

---

(1) راجع السنهورى المرجع السابق ص 486 ، جيرار فرحات المرجع لسابق ص 187 ، زهدى يكن شرح قانون الموجبات والعقود الجزء 6 ص 73 .

(2) راجع الياس حداد المرجع لسابق ص 88 أ .

(3) راجع زهدى يكن المرجع السابق ص 73 .

واذا كان المجال الطبيعي لاجراءات نفاذ الحوالة ، التي نص عليها المشرع في التشريع التجارى هي الحياة التجارية ، فليس هناك ما يمنع من قبول هذه الاجراءات في الحياة المدينة ، لأن المهم فلني الحوالة كما سبق أن قلت ليس طبيعة الحق المدنية أو التجارية ، وانما طبيعة الشكل الذى يتخذه هذا الحق ، لأن الاشكال الخاصة تترتب عليها خصوصيات في طريقة التحويـــل ٠

وقد عرفت الحياة العملية عددا كبيرا من العقود الموثقة حررت للامـــــر (1) ، يتم تداولها بالتظهير ، والالتزامات المدنية الثابتة في سندات للحامل ، ويتم تداولها بالمناولة اليدوية (2) ، أما السندات المدنية الاسمية فهي نادرة جدا ، غير أنه ليس هناك ما يمنع من تصورها ، وان وجدت فانه يتم تداولها بالطرق المدنية للحوالـــة ولا تنتقل ملكيتها الا بالتسجيل في سجلات المدين (3) ٠

لكن نتيجة لاتساع دائرة اجراءات القانون التجارى لتداول الحقوق ، وغزوها لدائرة القانون المدني أثير التساؤل حول مدى تطبيق القاعدة التجارية القاضيـــة بعدم الاحتجاج بالدفوع ، على السندات المدنية التي يتم تداولها بالاساليب التجارية ٠

وقد قرر القضاء المصرى أنه لاعمل لقاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع الا اذا كانت الورقة محل التظهير ورقة تجارية بالمفهوم القانوني ، أما السند الذى يكون مدنيا لكونه يرد على بضاعة أو عمل ، أو كان محررا لعمل غير تجارى ، أو لاتتوافر له الكفاية الذاتية ، أو لأى سبب آخر فان تظهير هذا السند وان كان جائزا فان حامله لا يفيـــد من قاعدة تطهير السند من الدفوع (4) ٠

.../...

(1) وقد سمح المشرع الفرنسي في قانون 13 جويلية 1930 في مادتيه 10 و 61 بأن تتضمن بوليصة التأمين شرط الامر ٠

(2) غير أن المشرع الفرنسي قد عاد في المادة 61 من قانون 13 جويلية 1930 ، ومنع منعا باتا ان تكون بوليصة التأمين على الحياة للحامل ٠

(3) راجع في كل: هذا جبريال مارتي وبيير رينو المرجع السابق ص826 وما بعدها ٠

(4) راجع حكمين لمحكمة النقض المصرية الاول صدر بتاريخ 27 جوان 1967 ونشر بمجموعة النقض السنة 18 ص1373 ، والثاني صدر بتاريخ 17 جوان 1969 ونشر بمجموعة النقض السنة 20 ص979 ٠ وقد جاء في منطوق حكم 1969 مايلي

أما القضاء الفرنسي فقد قرر هو الاخر عدم اعمال قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع اذا كان الامر يتعلق بالسندات المدنية ، وطبقا لهذه القاعدة ، فان المدين بحق ثابت في سند للامر أو سند للحامل ، لا يمكنه ان يحتج على الدائن الجديد بالدفوع التي كان له ان يحتج بها على الدائن الاصلي . غير أن موقف القضاء الفرنسي قد ظهر فيه بعض التردد اذ اصدر عدة احكام ، استبعد فيها تطبيق القاعدة التجارية القاضية بتطهير الحق المنتقل من الدفوع التي كانت عالقة به ، لأن هذه القاعدة تكون اشد قسوة على المدين ، وتكون قد تجاوزت توقعات المدين عندما وقع على السند (1) .

واعتقد ان التقدم والازدهار قد شمل كل اوجه الحياة الاجتماعية والاقتصادية ولهذا فليس هناك أى مبرر الى أن نلتجئ الى ازدواجية القواعد القانونية لحل مشاكلنا وحبذا لو صرفت الجهود التي بذلت لخلق نظام قانوني جديد ، الى ان تعمل على

.../...

= "... ان قواعد تطهير الكمبيالة ـ السفتجة ـ لا تتبع في شأن السندات تحت الاذن الا اذا كانت معتبرة عملا تجاريا على مقتضى المادة 2/7 تجارى مما يخرج السندات المدنية من نطاق هذه القواعد ، ولو تضمنت شرط الاذن ، وذلك بالقدر الذى تعتبر فيه هذه القواعد متعلقة بالالتزام التجارى وحده دون الالتزام المدني ، واذ يعد تطهير السند من الدفوع في العلاقة بين المدين والحامل غير المباشر اثرا من اثار التظهير التي تتفق واطبيعة الالتزام الصرفي وتستقل به الورقة التجارية بحسب ما تنهض به وظائف ، وكان تطبيق هذا الاثر بالنسبة للسندات المدنية يترتب عليه اقصاء طبيعتها المدنية عنها ويتم من العنت والاجحاف بالمدينين فيها فان لازم ذلك هو اطراح هذا الاثر عند تظهير الورقة المدنية " (عن جمال الدين عوض ، المرجع السابق هامش ص45) .

(1) راجع في موقف القضاء الفرنسي جبريال مارتي ، وبيير رينو المرجع السابق ص827 و 828 وهوامش هذه الصفحات .

تطويرها لدينا من قواعد مدنية في باب الحوالة ، لتصبح قادرة على استيعاب الظروف الجديدة ، خاصة ان الوسائل الجديدة التي يستخدمها القانون التجارى في تداول الحقوق ، لم تبق قاصرة على الحياة التجارية ، بل لقد دخلت الى الحياة المدنية ، وأصبح يستعملها التجار وغير التجار ، نظرا لبساطتها وفائدتها العملية ، سواء لتسوية عملية تجارية ، او عملية مدنية ، فكثير من المشتغلين بالاعمال المدنية كالمزارعين والمدخرين ، وباقي الافراد العاديين في حياتهم اليومية ، أصبحوا يفضلون استعمال الاساليب التجارية لتسوية معاملاتهم ، فهي تمكن الدائن من ان يحصل فورا على حقه نقدا وتمكن المدين من ان يتمتع بالاجل الذى يلزمه للوفاء بما عليه من ديون .

.../...

الباب الثالث

آثار حوالة الحق

الاثار المترتبة على عقد الحوالة الحق ، هي نفس الاثار التي تترتب على العقد الذى تشكلت الحوالة بشكله ، فان كانت الحوالة بمقابل ترتبت عليها اثار العقد الذى تهدف الى انجازه ، فاذا كانت بيعا ترتبت اثار عقد البيع وان كانت رهنا ترتبت اثار عقد الرهن وان كانت الحوالة بدون مقابل ترتبت عليها من الاثار ما يترتب على عقد الهبة .

واذا كانت الحوالة كما سبق ان رأينا تخضع في تكوينها للقواعد العامة التي تحكم تكوين العقد الذى اشتملت عليه ،فانها تخضع في آثارها ايضا للقواعد العامة التي تحكم اثار هذا العقد . وهكذا اذا كانت الحوالة بيعا التزم المحيل بوصفه بائعا بنقل لكية الحق المحال به ، وبضمان التعرض والاستحقاق ، والتزم المحال له بوصفه مشتريا بدفع الثمن . واذا كانت الحوالة هبة التزم المحيل بوصفه واهبا بنقل الحق ولا يلتزم بضمان وجوده الا اذا كان قد اخفى سبب الاستحقاق ، ويلتزم المحال له بوصفه موهوبا له باداء المقابل اذا كانت الهبة بمقابل ، ولا يلتزم باى شيء اذا كانت الهبة تبرعا محضا اى بدون مقابل .

ويتميز عقد الحوالة عن العقود الاخرى بأن محله هو الحق الشخصي الذى اقتضت طبيعته قيام علاقات قانونية مختلفة ، ومتنوعة بين الاشخاص الذين تنعكس عليهم اثار الحوالة . فالى جانب العلاقة الاصلية بين الدائن المحيل والمدين المحال عليه ، والمهددة بالزوال فيما بعد بسبب عقد الحوالة الذى ترتب على انعقاده نشوء علاقة جديدة بين المحال له والمحيل ، والتي أدت الى استخلاف المحال له للمحيل في الحق المستحق لهذا الاخير في ذمة المحال عليه . فان المحال له لن يتمكن من التمتع بالحق المحال به الا بتدخل المحال عليه ،الشيء الذى يترتب عليه قيام علاقة مديونية جديدة بين المحال له والمحال عليه . واذا تراخى المحال له في اتخاذ الاجراءات القانونية اللازمة

.../...

لجعل الحوالة نافذة في حق الغير الذين تكون لهم مصالح متعلقة بالحق المحـال به ومتعارضة مع الحوالة ، فتنشأ علاقات قانونية بين المحال له والغير الذيـــن سيزاحمونه في هذا الحق وينازعونه أياه •

وعليه فاتناول بحث هذا الباب في اربعة فصول ، أبين من خلالهــــا مظاهر آثار الحوالة في العلاقات المختلفة واخصص الفصل الاول لدراسة آثـــار عقد الحوالة في العلاقة بين المحيل والمحال له • أما الفصل الثاني فادرس فيــه اثار الحوالة في العلاقة بين المحال له والمحال عليه ، واتناول في الفصل الثالث اثار الحوالة في العلاقة بين المحيل والمحال عليه ، أما الفصل الرابع فيكـــون موضوعه علاقة المحال له بالغير •

الفصـــــــــل الأول

علاقـــة المحيـــل بالمحـــال لـــــه

تنتج الحوالة أثارها بين المتعاقدين منذ حصول الاتفاق . والاثر الهـام الذى يظهر في علاقة المحيل بالمحال له ،هو وبدون شك . انتقال الحق المحال به من المحيل الى المحال له . ويتفرع عن هذا الالتزام ويكمله ، التزام المحيل بضمان التعرض واستحقاق الحق المحال به ،والتزامه بتسليم السند المثبت للحق ، وتقديـم كل ما هو ضروري من وسائل اثبات ، وبيانات خاصة للمحال له .

والجدير بالملاحظة في هذا المقام الى أن التزامات المحيل محكومة بالقواعد العامة في العقد الذى اشتملت عليه الحوالة ، فقد اكتفى المشرع في باب الحوالـــة بترديد احكام القواعد العامة مع شيء من النقص والغموض . ولم يخرج عليها الا نادرا استجابة منه لما تمليه عليه طبيعة التصرف المنطوى على روح المضاربة.

ولهذا فاني اقتصر في هذا الفصل على دراسة التزامات المحيل ، متلمسا مواطن خروج المشرع على حكم القواعد العامة .

اما الالتزامات التي تشغل ذمة المحال له ، فقد احال فيها المشرع بسكوته وعدم تعرضه لاحكامها صراحة الى القواعد العامة . والتزامات المحال له تختلف باختلاف نوع العقد الذى تشكلت بشكله الحوالة . فان كانت الحوالة بيعا الـــتزم المحال له منذ لحظة انعقاد الحوالة ، بوصفه مشتريا بدفع الثمن ، وان كانت مقايضة التزم المحال له باداء المقابل الذى قايض به وان كانت هبة بمقابل التزم المحـال له باداء المقابل ، وان كانت هبة بدون مقابل لم يلتزم المحال له باى شيء . كل هذا بغض النظر عما اذا كان المحال له سيتمكن من استيفاء الحق المحال به من المحال عليه ،اى اذا كان هذا الاخير قادرا على الوفاء بالديـن الذى يشغل ذمتـــــه مالم يكن هناك اتفاق خاص على ضمان يسار المحال عليه .

اذا فالتزامات المحال له تختلف باختلاف طبيعة التصرف ،ولهذا فسأكتفي فيها بالاحالة على القواعد العامة التي تحكم التزامات المحال له في اى عقد من هذه العقود التي كانت الحوالة اداة قانونية وفنية لاتجازه .

.../...

المبحـــــث الأول

الالـتزام بنقـل ملكيـة الحـق المحال بـه

باعتبار الحق المحال به من منقولات غير المادية ، المعينة بالذات فان ملكيته تنتقل بين المحيل والمحال له بمجرد انعقاد العقد ، وبقوة القانون (1) ، وبالتالـي فلا مجـال هنا للكلام عن تنفيذ المحيل للالتزامه بنقل الملكية الذى تم تنفيـذه بمجرد نشوئه وبقوة القانون ، ودون حاجة الى اى تدخل من المحيل ، او الى أى اجراء آخر فيصبح المحال له المالك الوحيد للحق المحال به ، في علاقاته مع المحيـــل .

وعليه فيجب على المحيل بمجرد انعقاد الحوالة صحيحة ، ان يمتنع عـــن القيام بكل ما من شأنه الاضرار بحقوق المحال له ، او المساس بها ، او الانتقـاص منها ، فليس للمحيل ان يستوفي الحق المحال به من المدين المحال عليه ، واذا قام المحال عليه بعد انعقاد الحوالة ، قبل ان تصبح نافذة في حقه بالوفاء للمحيـــل وهو حسن النية لا يعلم بالحوالة ، فالوفاء يعتبر صحيحا ومبرئا لذمة المحال عليه ويتعين علـــى المحيل أن يرد ما قبضه بدون وجه حق الى المحال له . كذلك لا يجوز للمحيـــل أن يجرى في شأن هذا الحق اى تصرف مهما كانت طبيعته ، فليس له أن يرهنـــه او يحوله ، مرة ثانية لشخص آخر ، وليس له كذلك ان يبرئ ذمة المحال عليه منـــه او ان يقضيه معه بأى سبب من أسباب الانقضاء كالمقاصة والتجديد ، ولا يجوز للمحيل ان يتفق مع المحال عليه على تعديل طبيعة الحـــق ، او التعديل من شروط الوفـاء به وان فعل شيئـــا من ذلك كان مسؤولا قبـل المحال له عما اصابه من ضـــــرر وللمحال له ان يرجع عليه بدعوى الضمان ولو كانت الحوالة بغير عوض ، ولو كان المحيل قد اشترط عدم الضمان (2) .

.../...

(1) راجع المواد التالية : 165 مدني جزائرى ، 204 مدني مصرى ، 94 حقوق وموجبات لبناني ، 1583 مدني فرنسي .

(2) راجع على الخصوص شفيق شحاتة المرجع السابق ص 24و40 السنهورى الوسيط الجزء 3 ص 494 سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص 483 اسماعيل غانم المرجع السابق 363 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 516 ، موسوعة دالوز المدنية " باب حوالة الحق " بند 402 وما بعده .

وأعتقد أن اهمية دراسة الاثر الناقل لحوالة الحق ، تقتضي تحديد ما ينتقل من حقوق الى المحال له وقد اورد المشرع نصا أجمل فيه ما ينتقل من حقوق بمقتضى عقد الحوالة الى المحال له ، فنص المشرع الجزائرى في المادة 242 من تقنينه المدني على أنه " تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة ، والامتياز والرهون ، ورهن الحيازة ، كما تشمل ما حل من اقساط " . وينص المشرع المصرى في المادة 307 من تقنينه المدني على أنه : " تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة ، والامتياز والرهن كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد واقساط " . أما المشرع اللبناني فقد نص في المادة 285 / 1 من تقنين الموجبات والعقود على : " أن التفرغ ينتقل الى المتفرغ له الدين مع جميع ملحقاته ، كالكفالة ، والامتياز ، والرهن ، والتأمينات العينية غير المنقولة ، وفقا للصيغ والشروط المنصوص عليها في قانون الملكية والحقوق العينيه كما ينقل اليه جميع العيوب الملتصقة بالدين ، والخصائص الملازمة له " . أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 1692 من تقنينه المدني على أنه " يشمل بيع ، او حوالة الحق ملحقاته كالكفالة والامتياز ، والرهن " (1)

ويتضح لنا من هذه المواد أن المشرعين قد اجمعوا . على أن أثر الحوالة في علاقة المحيل بالمحال له ينحصر في استخلاف المحال له للمحيل في نفس الحق المستحق لهذا الاخير في ذمة المدين المحال عليه . فيصبح المحال له هو الدائن الجديد بالحق المحال به . ويترتب على ذلك أن للمحال له أن يطالب المحال عليه عند حلول أجل الاستحقاق بقيمة الحق الاسمية ، ولو كان العوض الذى أداه المحال له للمحيل أقل من قيمته الاسمية ، بل حتى لو لم يدفع أى شيء (2) .

.../...

(1) نص المادة 1692 من التقنين المدني الفرنسي باللغة الفرنسية "

Art 1692./ La vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance; tels que caution, privilége et hypothéque.

(2) راجع مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى الجزء 3 ص 121 ، السنهورى الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 3 ص 494 سمير عبد السيد تناغو نظرية الالتزام ص 324 مصطفى أحمد الزرقاء شرح القانون المدني السوري الجزء 2 ص 304 ، شفيق شحاتة حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص 40 —

وما دام ذات الحق هو الذى ينتقل ، وأن الحوالة ليس من أثرها ان تغير من طبيعته ، فيظل بداهة كما كان في ذمة المحيل محتفظا بماله من أوصاف ومميزات وعيوب تؤثر فيه قوة وضعفا (1) . فاذا كان الحق المحال به مدنيا ، أو تجاريا ، معلقا على شرط أو غير معلق على شرط ، مضافا الى أجل أو غير مضاف الى أجل ، تضامنيا ، أو غير تضامني ، قابلا للقسمة او غير قابل للقسمة ، حالا او مؤجلا قابلا للتنفيذ او مستحق الاداء بموجب حكم أو عقد رسمي ، مقسطا ، او غير مقسط منتجا للفوائد او غير منتج للفوائد ، فالحق المحال به ينتقل الى المحال له بكل هذه الصفات والمميزات ، ولو تمت الحوالة بورقة عرفية (2) . كذلك يستفيد المحال له من الامتيازات المرتبطة بالحق المحال به باعتبارها من توابعه ، فمثلا لو كان عقد الايجار يشتمل على وعد بالبيع من المؤجر للمستأجر ، كان المتنازل ان يستفيد من هذا الوعد ، وأن يبدى رغبته

.../...

زهدي يكن شرح قانون الموجبات والعقود الجزء 6 ص97 صبحي المحمصاني انتقال الالتزام ص26 سليمان مرقس شرح القانون المدني الجزء 2 ص783 ، غبريال ماتي وريتو القانون المدني الجزء 2 ص813 ، بلانيول وريبير شرح القانون المدني الفرنسي الجزء 7 ص512 ، كاربونييه القانون المدني الجزء 4 ص459 جيرار فارحات القانون الخاص للاقتصاد الجزء 2 ص425 ، اليكس ويل وفرانسوا تيرى القانون المدني "الالتزامات" ص1002 . وقد قضت محكمة دمياط المصرية في هذا الشأن بأنه اذا اشترى المحال له الدين بأقل من قيمته الاسمية كان له الحق في مطالبة المدين المحال عليه بكامل الدين (حكم 7 جانفي 1931 المجموعة الرسمية 32 ص310) عن السنهوري المرجع السابق هامش ص494 .
وأود أن ألفت الانتباه في هذا المقام انه كان الحق المحال به متنازعا فيه فللمحال عليه ان يتخلص من مطالبة المحال له ان هو رد له ثمن الحوالة مع المصاريف .

(1) والجدير بالملاحظة هنا انه اذا كان المحال له يستفيد من كل المزايا المرتبطة بالحق المحال به ، فان المحال عليه لا يلتزم اتجاه المحال له الا في الحدود ، و المقدار الذى كان يلتزم به في مواجهة المحيل ، تطبيقا للمبدأ القائل بأنه لا يمكن للشخص ان ينقل الى الغير من الحقوق اكثر مما يملك وعليه يكون للمحال عليه أن يتمسك في مواجهة المحال له بكل الدفوع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة المحيل ، وسأعود للكلام بشيء من التفصيل في هذا الموضوع فيما بعد عندما اتناول دراسة علاقة المحال له بالمحال عليه .

(2) راجع في هذا على الخصوص السنهوري المرجع السابق 494 ، مصطفى احمد الزرقاء المرجع السابق ص303 محمود جمال الدين زكي نظرية الالتزام ص168 ، شفيق شحاتة المرجع السابق ص40 زهدي يكن المرجع السابق ص197 اسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام الجزء 2 ص362 .

في الشراء ، ويطالب المؤجر ـ المحال عليه ـ بتنفيذ التزامه ضمن الشروط والاوضاع التي كان للمحيل ـ المستأجر ـ ان يطالب فيها بذلك (1) كذلك تنتقل الى المحال له كل الملحقات الضامنة للوفاء بالحق المحال به ، كحق الامتياز والرهن والكفالة ، وكذلك الدعاوى التي يكون من شأنها حماية هذا الحق وضمان الوفاء به .

اولا : انتقال الضمانات : لقد اجمعت كل التشريعات على أن الحوالة تشمل كل ضمانات الحق المحال به التي يكون من شأنها أن تؤكده ، وتقويه ، كالكفالة والرهن بنوعيه ، وحق الامتياز ، (2) فهذه التأمينات هي الوسائل التي تضمن للدائن استيفاء حقه ، وتقيه خطر اعسار مدينه المحتمل فيه ، فالضمانات تنتقل من المحيل الى المحال له بقوة القانون . وبدون حاجة الى اتفاق خاص على انتقالها ، ذلك أن المشرع قد اعتبرها مشمولة بالحوالة لانها من توابع الحق المحال به . هذا ما لم يتفق المحيل والمحال له في عقد الحوالة على عدم انتقال هذه الضمانات او بعضها (3) .

.../...

---

(1) راجع بودري وسينات " الشرح النظري والتطبيقي للقانون المدني الجزء 19 ص852 .

(2) ومن القراءة السريعة لنصوص المشرعين الجزائري واللبناني يتبين لنا جليا ما اعتراهما من ضعف واضطراب في الصياغة الفنية لهذه النصوص فمثلا أن المشرع الجزائري ينص على ان الحوالة تشمل الرهون ، رهن الحيازة ، والمشرع اللبناني ينص على ان الحوالة تشمل الرهن والتأمينات العينية غير المنقولة ..!! ؟

(3) راجع السنهوري المرجع السابق ص496 ، شفيق شحاتة المرجع السابق ص 41 اليكس ويل وفرانسوا تيري المرجع السابق ص1002 ، غبريال مارتي وريتو المرجع السابق ص513 ، أوبري ورو " AUBERY ET RAU " القانون المدني الفرنسي الجزء 5 ص159 ، محمد حسنين الوجيز في نظرية الالتزام ص335 . وراجع كذلك استئناف مختلط مصري 10 ديسمبر 1919 منشور بمجلة المحاماة 32 ص59 (عن السنهوري ص496) والمحمصاني المرجع السابق ص36 ، اسماعيل غانم المرجع السابق ص362 .

فالمحال له بحق مضمون برهن رسمي يجب عليه ان يقوم بالتأشير على هامش القيد ، ذلك أن اجراء التأشير في هامش القيد ، لا يقل اهمية عن اجراء القيد الاصلي ذاته (1) ، لأن اغفاله يترتب عليه عدم جواز التمسك بالرهن في مواجهة الغير ويجب على طالب التأشير ان يقدم سندا يثبت توافر السبب القانوني لاجراء هذا التأشير (2) ، كأن يقدم الدائن المحال له بحق مضمون برهن الورقة المثبتة لحوالة الحق وعلى المحال أن يقوم بتجديد القيد اذا كانت مدة السقوط على وشك الاكتمال وهو يجدد في هذه الحالة باسمه هو لا باسم المحيل (3) ، واذا جدد المحال له القيد في ميعاده القانوني . فانه يحتفظ بمرتبة القيد الأصلي الذى اجراه الدائن المرتهن المحيل — اما اذا لم يجدد القيد خلال المهلة القانونية اللازمة ، فيترتب على ذلك سقوط القيد فتنعدم اثاره . ويفقد المحال له المرتبة التي كان يحفظها القيد الاصلي لكن الرهن يبقى صحيحا ، وللمحال له أن يجرى به قيدا جديدا ، ويأخذ مرتبته من تاريخ اجراء القيد الجديد اذا لم تطرأ لحوادث تجعل اجراء هذا القيد غير مجد كافلاس الراهن مثلا (4) .

.../...

(1) راجع المواد التالية ، 2/904 مدني جزائري ، 2/1053 مدني مصري .

(2) راجع السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 10 ص479 ، عبد الفتاح عبد الباقي الوسيط في التأمينات العينية ص76 وما بعدها ، محمد حسنين ملخص المحاضرات التي القيت على طلبة السنة الثالثة مطبوعة ص 121 .

(3) موسوعة دالوز الفرنسية (ابطاب حوالة الحق) بند 411 ومابعده .

(4) راجع السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 10 ص 471 وما بعدها ، عبد الفتاح عبد الباقي المرجع الانف الذكر ص88 وما بعدها ، محمد حسنين مطبوعة السنة الثالثة في التأمينات العينية والشخصية ص 121 ومابعدها .

واذا كان الحق المحـال به مضمونا بكفالة ، فيبقـى الكفيـل ضا منا للمحال له • كما كان ضامنا للمحيل ولا حاجة لرضائه بالحوالة ، اذ هو يكفل المدين المحال عليه ، وهو لم يتغير ، وانما الذى تغيـر هو الدائن ، وهذا لايعنيه في شيء ، غير أنه يجب أن يحاط الكفيل علما بالحوالة ، وذلك باعلانه بها ، أو بقبوله لها ضمـن الشروط والاوضاع التي رسمها المشرع سلفا ، حتى لا يقوم بالوفاء للمحيل ، لأن وفـاءه بالحق عن المدين المحال عليه ، للدائن المحيل نتيجة لجهله بصدور الحوالة ، يجعل وفاءه صحيحا ومبرئـا لذمته (1) •

وتجدر الاشارة الى أن التعداد الذى أورده المشرع فيما يتعلق بانتقـال ضمانات الحق المحال به الى المحال له ، قد جاء على سبيل المثال ، وليس على سبيل الحصر ، وكما سبق ان اشرت اليه ، فكل ضمانات الحق المحال به تنتقل معه الى المحال له • سواء كانت هذه الضمانات عينية كالرهن الرسمي ، والرهن الحيازي ، وحـق الامتياز والاختصاص ، أو كانت هذه الضمانات شخصية كالكفالة ، والتضامن (2) •

ثانيا : انتقال الحق بفوائده وأقساطه : والفت الانتباه هنا الى انه لم يرد ذكر لشمول الحوالة للفوائد التي ينتجها الحق المحال به الا في التقنين المدني المصرى (3) ، غير أنه لا يجب ان يفسر عدم ذكر المشرعين الفرنسي واللبناني هذا الحكم في باب الحوالة استبعادا له ، ذلك أن القواعد العامة في هذين التشريعين كفيلة بتطبيقـه اذ انهما يبيحان الفوائد القانونية بين الافراد (4) • وعليه فاذا كان الحق الشخصي

•••/•••

---

(1) راجع السنهوري المرجع السابق الجزء 3 ص 496 ، شفيق شحاتة ص 41 ، استئناف مختلط مصرى 30 ماى 1939 المحاماة 51 ص 235 (عن السنهوري

(2) السنهوري الوسيط الجزء 3 ص 496 ، اسماعيل غانم المرجع السابق 362 •

(3) وقد أباح المشرع المصرى كذلك الفوائد القانونية بين الافراد (المادة 542 مدني مصرى) ولهذا اعتقد انه كان في امكان المشرع المصرى ان يغفل النص في باب الحوالة على شموليتها لفوائد الحق لان القواعد العامة وحدها كفيلـة بتطبيق مفهوم هذا الحكم دون النص عليه •

(4) راجع المواد التالية : 766 عقود وموجبات لبناني ، 1905 مدني فرنسي •

المحال به منتجا لفوائده ،فانها تعتبر من توابعه ، وبالتالي تكون مشمولة بالحوالة تطبيقا للمبدأ القائل بأن الفرع يتبع الاصل ، بينما نجد أن المشرع الجزائري يختلف عن باقي المشرعين في هذا المقام ،اذ انه لا يبيح الفوائد القانونية بين الافراد ويترتب على ذلك ان الحوالة لا تشمل فوائد الحق المحال به ،لأنه لا ينتج فوائد أصلا بحكم القانون (1) .

اذن فالحوالة تشمل ما حل من فوائد الحق المحال به ، اذا كان حقا منتجا للفوائد ما عدا في القانون الجزائري كما تشمل ما حل من اقساطه ان كان حقا مقسطا وفي هذا يتفق القانون الجزائري مع باقي القوانين اذ يعتبر المحال له منذ فترة اتمام الحوالة المالك الوحيد للحق المحال به . فيكون له وحده الحق في قبض الفوائد والاقساط التي لم تحل الا بعد الحوالة ، ولو كانت عن فترة سابقة من عقد الحوالة ، اذ لا جدال في ان المحال له هو المستفيد الوحيد من الفوائد والاقساط المستحقة بعد صدور الحوالة (2) ، ويجب على المحيل أن يرد للمحال له كل ما استفاد به من فوائد الحق المحال به وأقساطه (3) .

ولكن هل تنتقل الفوائد ، والاقساط التي كانت قد استحقت قبل صدور الحوالة ولم يقبضها المحيل ؟ الرأي الراجح ان هذه الفوائد ،والاقساط تعتبر من توابع الحق المحال به ، ويجب أن يكون مصيرها هو مصير الحق المحال به ،فما دام المحيل لم يقبضها ،ولم يحتفظ بها صراحة ، أو ضمنا فان المفروض انه قبل ان تنتقل الى المحال له ، شأنها في ذلك شأن التوابع الاخرى . لان كون هذه الفوائد ،

.../...

---

(1) راجع المادة 454 مدني جزائري .

(2) راجع بلانيول وريبير المرجع السابق ص512 ،بودري وسينات المرجع السابق 851 ،أوبري ورو المرجع السابق ص159 ، " الاخوة مازو دروس في القانون المدني الجزء 2 ص1038 ، السنهوري المرجع السابق ص497 ، شفيق شحاتة المرجع السابق ص40 ،صبحي المحمصاني المرجع السابق ص36 .

(3) موسوعة دالوز المدنية (باب الحوالة) بند 404 وما بعده .

والاقساط مستحقة قبل انعقاد الحوالة ، لا يجردها من طبيعتها كملحقات ، ولا يجوز أن نفترض بأن المحيل قد أراد الاحتفاظ بهذه الفوائد والاقساط لمصلحته (1) .

ثالثا : انتقال الدعاوى : لقد سبق أن قلت بأن البيان الذى أورده المشرع للضمانات المشمولة بالحوالة قد جاء على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر . والاصل أن الدعاوى القضائية تعتبر من توابع الحق المحال به ، ويكون للمحال له ان يستعمل كل الوسائل التي كانت للمحيل ، والتي من شأنها أن تساعد أو تضمن استيفاء الحق المحال به ، باعتبار ان الدعاوى هي احدى وسائل الحماية القانونية التي يتضمنها معنى الحق ، ذلك ان الحق قاعدة قانونية لها مضمون وجزاء (2) .

.../...

---

(1) راجع السنهوري المرجع السابق ص497 ، بودري وسينات المرجع السابق ص852 ، بلانيول وريبير المرجع السابق 513 .

(2) يعرف الفقه القانوني الدعوى بأنها السلطة التي يخولها النظام القانوني للشخص صاحب الحق في الالتجاء الى القضاء لحماية حقه . وقد اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية ، فهناك النظرية التقليدية التي ترى في الدعوى ذات الحق الموضوعي متحركا للدفاع عن نفسه ، اى الحق في حالة حركة ، اما النظرية الحديثة فترى ان الدعوى وسيلة قانونية لها ذاتيتها المستقلة عن الحق الذى تحميه (راجع للتوسع ، الغوثي بن ملحة القانون القضائى الجزائرى الجزء 2 ص5 وما بعدها . حسن علام موجز القانون القضائي الجزائرى ص57 وما بعدها .

والسؤال المطروح هو هل تنتقل كل الدعاوى التي كانت للمحيل الى المحال له باعتبارها من توابع الحق المحال به لقد كانت الاجابة عن هذا السؤال محل خلاف كبير في الاوساط القانونية (1) • غير أن الرأى السائد بين جمهور الفقه هو أنه لا تنتقل مع الحق المحال به الى المحال له ، الا الدعاوى التي تؤكده وتحميه ، أما الدعاوى التي تنافيه فلا تنتقل معه ، لانها تتعارض معه ولا تعتبر من توابعه (2) •

•••/•••

---

(1) قلت لقد اختلف الفقه حول الدعاوى التي تنتقل الى المحال له بالحوالة •

الرأى الأول ، يذهب اصحاب هذا الرأى الى أنه لا تنتقل الى المحال له بالحوالة اية دعوى كانت للمحيل مهما كان نوعها ، الا اذا كان هناك اتفاق صريح على تحويل هذه الدعاوى الى المحال له •

الرأى الثاني ، هذا الرأى يميز بين فرضين :

الفرض الاول ، اذا كان البائع قد اتفق حول حقه لي الثمن فقط الموجود في ذمة المشترى ، فالمحال له عندئذ لا يمكنه ان يستعمل الا الدعاوى المتعلقة بدفع الثمن ، وليس له ان يستعمل الدعاوى التي يكون الهدف منها ابطال البيع •

الفرض الثاني ، اذا كان البائع قد حول كل حقوقه ودعاواه ضد المشترى بصفة عامة وبدون أى تحديد او تخصيص فالحوالة عندئذ تكون شاملة لكل الدعاوى كالفسخ والابطال الا اذا تبين من الظروف والملابسات ان نية المتعاقدين قد انصرفت الى عدم شمول الحوالة لهذه الدعاوى او لبعضها •

الرأى الثالث ، يذهب اصحابه الى ان الحوالة تشمل كل الدعاوى التي كانت للمحيل ، فتنتقل الى المحال له وتميز بين دعاوى الفسخ ودعاوى الابطال وعلى كل حال فان المسألة مسألة نية واقضاة الموضوع ان يستخلصوا نية المتعاقدين دون رقابة لمحكمة النقض عليهم •

راجع في كل هذه الاراء موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) من البند 423 الى البند 428 •

(2) راجع بلانيول وريبير المرجع السابق ص 515 او برى ورو ص 159 وهامش ص 161 ، بودرى وسينات المرجع السابق ص 853 ، السنهورى المرجع السابق 498 شفيق شحاتة المرجع السابق 41 ، محمود جمال الدين زكي المرجع السابق ص 169 ، سليمان مرقس المرجع السابق ص 782 ، مصطفى احمد الزرقاء المرجع السابق ص 304 •

فاذا كان الحق المحال به قد نشأ عن عقد ملزم للجانبين ،كما اذا حول البائع الثمن المستحق له في ذمة المشترى، فان دعوى عدم التنفيذ من شأنها أن تؤكد الحق المحال به وتحميه ،فتعتبر من توابع الحق ،بل هي بمثابة ضمان من ضمانات البائع لاستيفاء حقه من المشترى ، فتنتقل بانتقاله الى المحال له ،الذى يكون له اذا تقاعس المحال عليه ، ولم يقم بالوفاء عند حلول الاجل بالحق المستحق في ذمته ،أن يطلب فسخ البيع ويترتب على الفسخ في هذه الحالة الزام المحال عليه - المشترى - برد العين المبيعة بدلا من الثمن للمحال له لا للمحيل (1) •

أما دعوى الابطال فهي ليست من الدعاوى التي تحمي الحق المحال به أو تؤكده ، فاذا كان حق المحيل قابلا للابطال لنقص في الاهلية او لعيب في الارادة وكان يعلم بوجود هذه الدعوى لمصلحته ، ورغم ذلك قام بحوالة حقه ،فان ذلك يعتبر اجازة ضمنية للعقد الذى رتب الحق المحال به ، والاجازة عمل قانوني يؤدى الى زوال العيب الذى يلحق العقد وتأييد وجوده بصورة نهائية وبالتالي تسقط دعوى الابطال ولا يكون من حق المحيل .والمحال بعد ذلك التمسك بها لاعن طريق الدعوى ،ولا عن طريق الدفع • اما اذا كان المحيل يجهل وجود هذه الدعوى لصالحه قبل ان يجرى الحوالة ، فلا يترتب على الحوالة اجازة المحيل للتصرف القابل للابطال غير انه لا يصبح من حقه طلب ابطال العقد المنشيء للحق المحال به بسبب زوال صفته كدائن للمدين المحال عليه ، غير ان دعوى الابطال لا تنتقل الى المحال له لأنها لا تؤكد وجوده ولا تعتبر من توابعه • هذا ما لم يتفق المحيل والمحال له على

.../...

---

(1) راجع في كل هذا السنهورى المرجع السابق ص498 ،سليمان مرقس المرجع السابق ص782 ، جمال الدين زكي المرجع السابق ص169 ، اسماعيل غانم المرجع السابق ص363 ، سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص482 بلانيول وريبير المرجع السابق 515 ،بودرى وسينات المرجع السابق ص853 اوبرى ورو المرجع السابق هامش ص161 وقارن شفيق شحاته المرجع السابق ص 42•

اعتبار دعوى الابطال مشمولة بالحوالة (1) .

وأريد أن الفت الانتباه هنا الى أن النص الذى اورده المشرع في شأن ملحقات الحق المحال به لا يتعلق بالنظام العام ، وبالتالي يجوز للافراد الاتفاق على ما يخالفه ويكون حينئذ تحديد ما ينتقل الى المحال له مع الحق المحال به من ملحقات منوطا بارادة المتعاقدين ، فان لم يوجد اتفاق يستفاد منه هذا التحديد كان الرجوع الى القواعد العامة واجبا ، وفي حالة الاختلاف فيما يعتبر من ملحقات الحق المحال به فلقاضي الموضوع سلطة الفصل فيها مراعيا في ذلك ظروف التعاقد ، ونية المتعاقدين .

واذن فالأصل في الحوالة أنها ترد على كل الحق ، وتشمل كل المزايا والضمانات المرتبطة بالحق المحال به غير انه ليس هناك ما يمنع من ورودها على جزء من الحق فقط ، فاذا كانت الحوالة جزئية فان المحال له لا يخلف المحيل الا في جزء الحق المحال به مع توابعه ويبقى المحيل مالكا للجزء الباقي من الحق مع توابعه .

وفي هذه الحالة يكون لكل من المحيل والمحال له ان يطالب بنصيبه في الحق ، ولا يكون لأي منهما أية افضلية او امتياز على الاخر في استيفاء حقه ، الا اذا كان هناك اتفاق صريح على خلاف ذلك . واذا لم يكن هناك اتفاق مخالف ، ولم يتمكن المحال عليه من الوفاء بكل الدين المستحق في ذمته عند حلول اجل الاستحقاق فيجب ان يقتسم المحيل و المحال له ، المبلغ الذى دفعه المحال عليه ، قسمة غرماء .

واذا كان الحق المحال به مضمونا ، بكفالة ، فيكون لكل من المحيل والمحال له ان يرجع على الكفيل بنسبة حقه واذا كان الضمان تأمينا عينيا ، فيكون لكل منهما أن يستعمل هذا التأمين بنسبة حقه ، ولا يكون لاى منهما أية افضلية على

.../...

(1) راجع السنهوري المرجع السابق ص 499 ، سليمان مرقس المرجع السابق ص 782 ، محمود جمال الدين زكي المرجع السابق ص 169 ، اسماعيل غانم المرجع السابق ص 363 ، شفيق شحاتة المرجع السابق ص 41 بلانيول وريبير المرجع السابق 515 بودرى وسينات المرجع السابق ص 853 ، اوبرى ورو المرجع السابق هامش ص 161 موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 420 وما بعده .

الآخــر ،الا ذا كان هناك اتفاق خاص، بل ان بعض شروط الضمان قد تؤدى الـى نفس النتيجـة التي يؤدى اليها الاتفاق الخاص على أولويـة المحال له في استيفـاء حقه على المحيل ،فمثلا عندما يكون المحيل ضامنا ليسار المدين المحال عليه ،أو عندما يتعهد المحيل بالوفاء بدلا من المحال عليه في حالة ما اذا تبين اعساره عند حلـول أجل الاستحقاق ،فاذا لم يحصل المحال له على الوفاء الكامل لنصيبه من الحق المحال به ، فالذى يحدث أن المحيل يترك مكانة للمحال لـه حتى يستوفي حقه بالاولوية علـى المحيـل .(1)

.../...

(1) راجع في كل هذا بلانيول وريبير المرجع السابق ص516 ، الاخوة مازو المرجع السابـق ص1039 ، موسوعـة دالـوز المدنيـة (باب حوالة الحـق) البند 406 وما بعـده ،والبنـد 414 ،بودرى وسينات المرجـع السابـق ص886 ، 887 ،السنهورى في هذا المعنى الوسيط الجزء 3 ص544.

المبحث الثاني

الالتزام بالتسليم

التسليم هو الوسيلة التي تمكن المحال له من حيازة الحق المحال به ، والاستفادة به دون عائق ، وقد حرص كل من المشرعين الفرنسي ، واللبناني على النص في باب الحوالة ، على التزام المحيل بالتسليم فنص المشرع الفرنسي في المادة 1689 من تقنينه المدني على أنه " في حوالة دين أو حق ، أو دعوى على الغير يتم التسليم بين المحيل والمحال له بتسليم السند (1) . اما المشرع اللبناني فقد نص في المادة 1/284 من تقنين الموجبات والعقود على أنه " يجب على المتفرغ ان يسلم الى المتفرغ له سند الدين ، وأن يخوله كل ما لديه من الوسائل لاثبات الحق المتفرغ عنه ، والحصول عليه ".

ويلاحظ ان التشريعين الجزائرى والمصرى لم يتضمنا نصا مماثلا لهذا النص في باب حوالة الحق ، ورغم ذلك فا القواعد العامة في النظرية العامة للتسليم والتي فصل المشرع احكامها في باب عقد البيع (2) ، كفيلة بجعل حكم هذا النص سارى المفعول في كل من الجزائر ومصر ، فقد نصت المادة 367 من التقنين المدني الجزائرى ، التي تقابلها وتطابقها المادة 435 من التقنين المدني المصرى على أنه " يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك ، ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء المبيع (3) "

.../...

---

(1) نص المادة 1689 من التقنين المدني الفرنسي بلغتها الاصلية :

Art 1689./ Dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délimrance s'opére entre le cédant et le cessionnaire par la rem[ise] du titre.

(2) وتجدر الملاحظة ان الالتزام بالتسليم ينشأ عن كل عقد يهدف الى نقل الملكية ، غير ان المشرع لم يفصل احكام الالتزام بالتسليم الا عندما نظم عقد البيع ، وجعل الاحكام في شأن الالتزام بالتسليم الواردة في باب عقد البيع ، بمثابة النظرية العامة وأحال عليها في كل العقود الاخرى التي يكون فيها التزام بالتسليم .

(3) نص المادة 1/367 مدني جزائرى " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يتسلمه تسلما ماديا مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء المبيع " .

وتجدر ملاحظة أن المشروع التمهيدى للقانون المدني المصرى قد كان ينص في المادة 434 على انه يتعين على المحيل ان يسلم المحال له سند الحق المحال به ، وأن يقدم له كل ماهو ضرورى من وسائل الاثبات والبيانات الخاصة بهذا الحق ، غير أن هذه المادة قد حذفت في لجنة المراجعة ، لأن التزام المحيل بتسليم سند الحق كما لاحظت ذلك المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى لا يتفرع على عقد الحوالة ، بل هو التزام مصدره القانون يصادف نظيره في الحوالة القانونية ـ الحلول القانوني ـ (1)

وأعتقد أن عين الصواب هو ما ذهب اليه المشرعان الجزائرى والمصرى فقد تجنبا الوقوع في التكرار الذى لافائدة ترجى من ورائه ، والذى انزلق اليه المشرعان الفرنسي واللبناني ، اذ أن المواد المتعلقة بالالتزام بالتسليم التي اوردها في باب الحوالة ، لاتخرج عن كونها ترديدا غامضا وناقصا لما سبق أن نصا عليه (2) في القواعد العامة للنظرية العامة للالتزام بالتسليم ، الذى يعتبر نتيجة قانونية

.../...

(1) راجع مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى الجزء 3 ص 120 .

(2) نصي المادة 1607 من التقنين المدني الفرنسي والمادة 404 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني .

Art 1607./ La tradition des droit incorporels se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur.

المادة 404 موجبات وعقود لبناني " ان تسليم المبيعات غير المادية كحق المرور مثلا ، يكون بتسليم الاسناد التي تثبت وجود الحق ، او باجازة البائع للمشتري أن يستعمله بشرط أن لا يحول حائل دون هذا الاستعمال . واذا كان موضوع الحق غير مادى ، وكان استعماله يستوجب وضع اليد على شيء ما ، فعلى البائع حينئذ أن يمكن المشترى من وضع يده على هذا الشيء بدون مانع " .

حتمية تترتب على عقد الحوالة ،كما تترتب على كل عقد يقصد منه نقل الملكيـــــة (1) .

ويتضح لنا جليا ، أن الالتزام بالتسليم المترتب في ذمة المحيل ،يخضع في نشوئه وتنفيذه للقواعد العامة ،سواء ورد في شأنه نص في باب الحوالة ، كما هي الحال في التقنين الفرنسي ، واللبناني ، اللذين لم يخرجا عن القواعد العامة . اولـم يرد في شأنه نص ، كما هي الحال عليه في التقنين الجزائري ،والمصرى اللذيـــن أحالا بسكوتهما على القواعد العامة ، ولهذا اقتصرنا على التذكير بالخطوط العريضة للالتزام بالتسليم بما يتلاءم مع طبيعة الحق الشخصي ،وأحيل كل طالب للتوســـع الى النظرية العامة للالتزام التي عالجها الفقهاء في عقـد البيـع .

فالتسليم اذن ،كما عرفه المشرع هو اجراء يقصد به وضع المبيع ـ الحـــق المحال به ـ تحت تصرف المشترى ـ المحال له ـ وقد حرص المشرع على التأكيـد بأن الطريقة التي يتم بها التسليم تختلف باختلاف طبيعة المبيع ،فطريقة وضـــع العقار المبيـر تحت تصرف المشترى تختلف عن طريقة وضع المنقول المادى تحـــت تصرفـه ، وهـذه تختلـف عن طريقـه وضع الحقـوق الشخصيـة تحـت تصـــرف المشـــترى ـ المحـــال له ـ (2)

فاذا كان محل التسليم أشيـاء غير مادية ، كما لوكان الشـيء المبيـــع حقـا شخصيـا ، فلا يتصـور تسليمـه تسليمـا ماديـا ،لأن الحقوق الشخصيـــة لا يمكـن حيازتها حيازة مادية وعليـه يجب تسليم الحق الشخصي المحال به بمـــا

.../...

---

(1) راجع جميل الشرقاوى شرح العقود المدنية " البيع والمقايضة " ص200 ، زهدى يكن شرح قانون الموجبات والعقود الجزء 7 ،ص226 .

(2) ففي العقار يتم التسليم باخلاء العقار أولا ،وتمكين المشترى من الاستيلاء عليه ثانيا ، وقد يقتضي الامر تسليم المفاتيح ، أو تسليم المستنـدات المثبتة لملكية البائع لهـذا العقار . بل ان مجـرد اخلاء العقار مع اعلام المشترى بذلـك يعتبر تسليمـا واذا كان المبيع منقولا ماديا فان وضعه تحت تصرف المشترى يتم عادة بالمناولة اليدوية ،ولكن قد يكون التسليم رمزيا كتسليم مفاتيح المكان الذى يوجـد فيه المنقول . أو بتسليم السندات التي تمثله كتسليم سندات الايداع كما يجوز أن يتم التسليم بمجرد وضع علامة المشترى على المبيـع .

يتلاءم مع طبيعته ، فيتم وضعه تحت تصرف المحال له بتسليمه السندات المنشئة للحق المحال به ، وكل السندات الاخرى المثبتة لوجوده ، وكل ما هو ضروري من البيانات الخاصة بهذا الحق ، حتى يتمكن المحال له من حقه ، وهذه الوسائل تعد من توابع الحق المحال به ، وتطبيقا للمبدأ القائل ، بأن الفرع يتبع الأصل ، فان سند الحق المحال به يصبح من حق المحال له بمجرد انعقاد الحوالة ، لأن السند دليل الحق ، والحق يعد أتمام الحوالة للمحال له (1) .

وما دامت الحوالة لا تصبح نافذة في حق الغير الا باعلانها للمحال عليه أو بقبوله لها ، فان المحال له لن يتمكن من التمتع بالحق المحال به الا بعد صيرورة الحوالة نافذة في حق الغير ، ولهذا فان التسليم لا يتم في الغالب الا بنفس الاجراء الذي يتم به انتقال الحق الى المحال له ، فيؤدي هذا الاجراء في آن واحد الى انتقال الحق وتسليمه الى المحال له ، ولهذا فانه لا يكفي تسليم السندات المنشئة للحق المحال به ، والسندات المثبتة لوجوده ، بل يجب على المحيل زيادة على ذلك حتى يتمكن المحال له من مباشرة سلطاته على الحق المحال به دون أن يمنعه من ذلك أي عائق . أن يسلمه السند المثبت لوجود الحق المحال به ، وما يدل على اعلان الحوالة او قبولها من المحال عليه ، وأن يمكنه من اعلام المحال عليه بواقعة الحوالة كاعطائه عنوان المدين مثلا (2) .

والذي يقع عادة هو أن سند الحق هو الذي تدون فيه الحوالة ، ويسلمه المحيل الى المحال له كمستند لصدور الحوالة وكمستند للحق المحال به في وقت واحد . وللمحال له بحق ثابت في عقد موثق أن يطلب من المحيل تسليمه النسخة التنفيذية لهذا العقد ، لأنها تعتبر من الملحقات الضرورية للحق المحال به ، واذا كان الحق المحال به ، غير ثابت بالكتابة ، صحت حوالته ، والالتزام بالتسليم يتم تنفيذه في هذه الحالة بالتراضي ، ويترتب على عقد الحوالة ذاته ، وعلى

.../...

---

(1) راجع الاساتذة مازو المرجع السابق 1028 ، بوريس ستارك القانون المدني "الالتزامات" ص798 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص512 ، بيال مارتي ورينو المرجع السابق 811 . السنهوري الوسيط الجزء 3 ص494 .

(2) جميل الشرقاوي المرجع السابق ص204 وهامشها ، عجاك يوسف الحكيم عقد البيع ص235 ، زهدي يكن شرح قانون الموجبات والعقود الجزء 7 ص238 .

المحيل أن يهيء للمحال له وسائل اثبات هذا الحق، من بينة وقرائن وغير ذلك (1).

والأصل أن المحيل ملتزم بالتسليم فورا، بمجرد انعقاد الحوالة مالم يتفق المحيل والمحال له على تأجيل التسليم، وتحديد ميعاد معين يتم فيه التسليم وفقا لما تقضي به القواعد العامة (2).

ويتم تسليم الحقوق الشخصية في موطن المحيل، او في مركز اعماله، ان كانت الحوالة تتعلق بهذه الاعمال تطبيقا للقاعدة القاضية بأن الدين يطلب ولا يحمل وهذا كله ما لم يتفق الطرفان على مكان آخر للتسليم فيجب حينئذ العمل بهذا الاتفاق (3).

والجدير بالملاحظة هو ان تنفيذ الالتزام بالتسليم تحميه الجزاءات التي تحمي تنفيذ الالتزام طبقا للقواعد العامة. وعليه فاذا لم يوف المحيل بالتزامه بتسليم الحق المحال به، فيجوز للمحال له بعد اعذاره أن يلتجيء الى القضاء. للمطالبة باجبار المحيل على تنفيذ التزامه بالتسليم اذا كان ممكنا، أو المطالبة بفسخ العقد مع المطالبة بالتعويض في الحالتين ان كان له مقتض هذا ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك، واذا سلم المحيل الى المحال له وثائق الحق المحال به، وكانت غير كافية فيمكنه ان يرجع على المحيل بموجب الضمان، اذا لم يكمل

.../...

(1) راجع السنهوري الوسيط الجزء 3 ص 495 موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 432 وما بعده.

(2) راجع المواد التالية: 281 مدني جزائري، 346 مدني مصري، 1/407 عقود وموجبات لبناني، 1610 مدني مصري.

(3) راجع المواد التالية، 282 مدني جزائري، 347 مدني مصري، 405 موجبات وعقود لبناني، 1609 مدني فرنسي، وراجع عموما في الفقه السنهوري الجزء 4 ص 599 ومابعدها، جميل الشرقاوي المرجع السابق ص 319 سليمان مرقس شرح القانون المدني الجزء 3 ص 271، زهدي يكن شرح قانون الموجبات والعقود الجزء 7 ص 245 جاك يوسف الحكيم المرجع السابق ص 235 وما بعدها، محمد حسنين عقد البيع في القانون المدني الجزائري ص 112.

الوثائق التي تجعله مالكا بدون منازع (1) .

وفي حالة الحوالة الجزئية لحق ثابت في سند واحد ، هناك عدة اجراءات لتنفيذ المحيل التزامه بالتسليم ازاء المحال له فيمكن أن يوضع السند عند شخص اجنبي يتفق عليه المحيل والمحال له ، كالموثق مثلا ، فيكون بذلك تحت تصرف المحيل والمحال له معا ، ويمكن لاى منهما أن يستعمله عند الحاجة ولكن هذا الاجراء ناقص ، وغير ملائم ويظهر عجزه وعدم ملاءمته عندما يريد المعنيان بالأمر المطالبة بحقوقهما في نفس الوقت . ولهذا فمن الأفضل من الناحية العملية أن يستبدل بالسند التنفيذى الاصلي بنسختان تنفيذ يتان اذا كان السند عقدا موثقا ، او تحرر عن السند الاصلي نسختان مطابقتان بأيداع السند الاصلي عند الموثق اذا كان العقد عرفيا (2) .

.../...

---

(1) راجع على الخصوص جميل الشرقاوى المرجع السابق ص223 ، السنهورى المرجع المذكور اعلاه ص605 ، وزهدى يكن المرجع المذكور اعلاه ص242 ،

(2) راجع في هذا بلانيول وريبير المرجع السابق 512 ، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 434 وما بعده ، بودرى وسينات المرجع السابق ص850 ، السنهورى الوسيط الجزء 3 ص495 وهامشها وراجع كذلك حكم لمحكمة بو " PAUD " صدر بتاريخ 8 ماى 1905 ، منشور بدالوز 1907 ـ 2 ـ 316 .

المبحث الثالث

الالتزام بالضمان

الالتزام بالضمان في باب الحوالة ، يختلف أثره تبعا لاختلاف العقد الذى تشكلت الحوالة بشكله ولهذا فان تعيين قواعد الضمان الواجبة التطبيق يناط بطبيعة التصرف الذى تم ابرامه ، تبرعا كان أو معاوضة ، لأن الالتزام بالضمان يترتب على العقد الذى تضمنته الحوالة لاعلى الحوالة ذاتها (1) .

لهذا نجد أن المشرع عندما تعرض لاحكام الضمان في باب الحوالة ، لم يخرج الي الاصل عن أحكام النظرية العامة للضمان (2) ، واكتفى بترديدها مع شيء من الغموض في بعض الحالات ، كما سوف نرى فيما بعد .

غير أن المشرع قد خرج عن حكم القواعد العامة للضمان فيما يتعلق بالاثار المترتبة على تحقق الضمان (3) ، ورجوع المحال له على المحيل بدعوى الضمان وقد أملت على المشرع هذا الخروج الروح التي تحرك الطرفين المتعاقدين في انجاز هذه العملية (4) . فالمحيل يفضل ان يضحي بجزء من ماله بسبب حاجته

.../...

---

(1) راجع شفيق شحاتة المرجع السابق ص27 ، صبحي المحمصاني المرجع السابق ص26 .

(2) تعتبر أحكام الضمان الواردة في شأن عقد البيع بمثابة النظرية العامة ، التي يرجع اليها في كل العقود الاخرى التي تقتضي الضمان . فيما لم يرد بشأنها نص خاص . فاحكام الضمان الواردة في شأن عقد البيع يتسع نطاقها ليشمل جميع العقود التي فيها ، ففي مثل هذه العقود لا يكفي ان ينقل المتصرف الملكية الى المتصرف له ، بل يجب ان يضمن له بقاء الملكية ، والانتفاع بها لان المشترى قد دفع مقابلا فيجب ان يخلص له الشيء الذى دفع فيه المقابل . راجع في هذا سليمان مرقس عقد البيع ص375 ، السنهوري الوسيط الجزء 4 ص622 ، زهدى يكن شرح قانون الموجبات والعقود الجزء السابق المجلد2 ص305 ومابعدها ، جميل الشرقاوى المرجع السابق ص234 بيير قوارين P.VOIRRIM. " القانون المدني الجزء 1 ص308 .

(3) راجع الاخوة مازو د روس في القانون المدني الجزء 2 ص1040 بودرى وسينات شرح القانون المدني الجزء 19 ص856 ، شفيق شحاتة المرجع السابق ص31 .

(4) راجع الاخوة مازو المرجع السابق ص1040 ، بودرى وسينات المرجع السابق ص856 .

العاجلة الى أمواله الآجلة ، سواء لتمويل مشاريعه الاقتصادية أو للوفاء بدينه ، أو بسبب منازعة المدين له في أصل الحق ، فيعمل على تجنب مشاكل المطالبة القضائية ، وكل المصاريف التي يتكبدها بحوالة حقه . أما المحال له فيكون مدفوعا غالبا بفكرة المضاربة ابتغاء تحقيق الربح في الصفقة التي أبرمها ، وهو الفرق بين ثمن الحوالة ، وقيمة الحق الاسمية ، وهذا يعوضه عن المخاطر والمتاعب التي يتحملها في العمل على تحصيل مبلغ الحوالة ، و يعوضه كذلك عن المصاريف القضائية التي قد يبذلها .

والجدير بالملاحظة هو أن القواعد التشريعية المنظمة لأحكام الألتزام بالضمان في باب الحوالة ليست قواعد آمرة فيجوز للطرفين الخروج على أحكامها ، باتفاقهما على أحكام اخرى تنظم الالتزام بالضمان تنظيما مختلفا فيكون الضمان اتفاقيا ، أما اذا سكت المتعاقدان ، ولم يعرضا له بشيء فتكون النصوص التشريعية هي التي تحدد مداه وحكمه ويكون الضمان قانونيا .

ولهذا أتناول في هذا المبحث أحكام الضمان القانوني في الحوالة بعوض ، والحوالة بغير عوض ، وفي المطلب الأول ، وفي المطلب الثاني أدرس الضمان الاتفاقي في الحوالة بعوض ، والحوالة بغير عوض ، أما في المطلب الثالث فأخصصه لتحقق الضمان ورجوع المحال له على المحيل بدعوى الضمان .

.../...

المطلب الأول

الضمان القانوني

الضمان القانوني هو الالتزام الذي يترتب على عاتق المحيل بقوة القانون ، بمجرد انعقاد عقد الحوالة صحيحا بين المحيل والمحال له ، وذلك في حالة سكوتهما عن ايراد احكام ضمان اتفاقية مخالفة لما أورده المشرع.

فالأصل أن من يدعي أن له حقا معينا ، ويتصرف فيه الى شخص آخر ، يجب عليه أن يضمن اولا ثبوت هذا الحق لمصلحته ، وثانيا امتناعه شخصيا عن كل ما من شأنه أن يفوت على المتصرف له الانتفاع بهذا الحق ، فالبائع مثلا يضمن للمشتري ثبوت ملكية المبيع ، ويتعهد فوق ذلك بالامتناع شخصيا عن كل فعل يؤثر في حقوق المشتري على المبيع الى جانب تعهده بضمان تعرض الغير .

والجدير بالملاحظة أن المشرع قد جعل جزاء هذين الالتزامين في عقد البيع واحدا هو الجزاء الذى تقضي به القواعد العامة (1) . أما في باب الحوالة ، فقد فرق المشرع في الجزاء بين ضمان المحيل لوجود الحق المحال به ، وضمانه لفعله الشخصي الذى يضر بحقوق المحال له .

وفي الضمان القانوني يجب التمييز بين الالتزام بالضمان في الحوالة بعوض و الالتزام بالضمان في الحوالة بغير عوض .

أولا : ضمان المحيل لفعله الشخصي :

الالتزام بضمان الافعال الشخصية يوجد في كل العقود الناقلة للملكية أو لحق الانتفاع سواء كانت عقود معاوضة ، أو عقود تبرع وبصدد الحوالة لا يتصور أن يباح للمحيل أن يأتي بفعل ما يعتبر متناقضا للآثار والالتزامات التي رتبها على نفسه بعقد الحوالة ، ولهذا يجب عليه أن يمتنع عن كل عمل يعتبر منازعة للمحال له .

.../...

(1) راجع المواد التالية : 375 مدني جزائري ، 443 مدني مصري ، 433 عقود وموجبات لبناني ، 1630 مدني فرنسي .

أوحرمانا لـه من أى حق أو ميزة تنشأ له بمقتضى عقد الحوالة فالمحيل الذى التزم بنقل الحق المحال به مع كل توابعه ، الى المحال له يجب عليه ان يمتنع عن أى عمل من شأنه أن يتعارض مع حق المحال له ، أو يؤدى الى الانتقاص منه ، أو الى زواله وهو يعتبر ضامنا لافعاله الشخصية سواء كانت سابقة أو لاحقة على الحوالة (1) ، تطبيقا للمبدأ القاضي بأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض (2) .

وقد نص المشرع الجزائرى في المادة 247 من تقنينه المدني التي تقابلها وتطابقها المادة 311 من التقنين المدني المصرى على أنه " يسأل المحيل عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة مجانية او بغير عوض (3) " .

ويلاحظ ان المشرعين الفرنسي واللبناني لم يوردا نصا مماثلا في باب الحوالة غير أن هذا ليس معناه استبعاد حكم الضمان في هذين القانونين ، ذلك أن القواعد العامة كفيلة بالاخذ به فقد نص المشرع الفرنسي في المادة 1628 من تقنينه المدني وكذلك فعل المشرع اللبناني - في المادة 431 من تقنين الموجبات والعقود على أن البائع ، وان اشترط عدم الزامه بضمان ما يبقى ملزما بضمان فعله الشخصي ، وكل اتفاق مخالف يكون باطلا (4) " .

.../...

---

(1) راجع على الخصوص موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 462 ومابعده ، بودرى وسينات ، المرجع السابق ص866 .

(2) راجع جميل الشرقاوى المرجع السابق ص237 ، محمد حسنين عقد البيع في القانون المدني الجزائرى ص129 ، بيير فوارين المرجع السابق ص309 .

(3) نص المادة 311 من التقنين المدني المصرى: " يكون المحيل مسؤولا عن افعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض ، و لو اشترط عدم الضمان " .

(4) نص المادة 1628 مدني فرنسي :

وأعتقد أن موقف المشرعين الفرنسي واللبناني يستحقان التنويه بابتعادهما عن التكرار الممل هذه المرة ، بعكس المشرعين الجزائري والمصري ، اللذين وقعا في مغبة التكرار اذ أن المواد الواردة في باب الحوالة حول مسؤولية المحيل عن افعاله الشخصية ، لا تعدو أن تكون تكرارا لما نص عليه ، فيما بعد في عقد البيع من أحكام الضمان (1) .

والمهم في كل هذا ، أن كل هذه التشريعات تتفق صراحة ، على المبدأ الاساسي وهو جعل المحيل ضامنا للمحال له ضد جميع افعاله الشخصية ، التي يكون من شأنها أن تتعارض مع الحق المحال به أو تنتقص من قيمته أو تؤدى الى زواله .

والملاحظ أن المشرع لم يفرق في ضمان المحيل لفعله الشخصي بين ما اذا كانت الحوالة بعوض أو بغير عوض ، فالمحيل يسأل عن كل فعل يترتب عليه . الانتقاص من الحق المحال به ، أو الانتقاص من توابعه ، كالتنازل عن الرهن او أى ضمان آخر (2) .

ولا يعتبر فعل المحيل خطأ الا اذا كان قيامه بعمل كان يجب عليه الامتناع عنه ، أو كان امتناعا عن عمل كان يجب عليه اداؤه . وعليه فانه يجب على المحيل بمجرد انعقاد الحوالة أن يمتنع عن كل ما من شأنه الاضرار بحقوق المحال له ، فليس له أن يستوفي الحق المحال به من المدين المحال عليه ، وكذلك عليه ان يمتنع عن اجراء اى تصرف في شأن الحق المحال به أو أن يعمد الى حوالته مرة ثانية ، أو الى رهنه الى شخص اخر ، وليس له أن يبرئ ذمة المحال عليه من الحق ، ولا أن يقضيه معه بأى سبب من أسباب الانقضاء . ففي جميع هذه الحالات يسأل المحيل عن فعله الشخصي الذى صدر منه (3) . ويحق للمحال له حينئذ الرجوع على المحيل بدعوى الضمان .

.../...

---

(1) راجع المواد التالية ، 1/377 مدني جزائري ، 1/446 مدني مصري .

(2) راجع سليمان مرقس شرح القانون المدني الجزء 2 ص 785 ، السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 3 ص 501 ، اسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام الجزء 2 ص 363 . شفيق شحاتة المرجع السابق ص 27 وراجع حكم مصري استئناف مختلط 10 فيفري 1948 منشور بمجلة المحاماة عدد 60 ص 57 .

(3) راجع سليمان مرقس المرجع السابق ص 785 ، السنهوري الوسيط الجزء 3 ص 500 اسماعيل غانم المرجع السابق ص 363 ، سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص 483 .

كذلك يسأل المحيل اذا عمد أحد دائنيه الى توقيع حجز تحفظي على الحق المحال به قبل ان تصبح الحوالة نافذة في حق الغير ، ذلك وان كان هذا العمل غير صادر من المحيل شخصيا غير أنه صادر من جهته ، وبسبب الدين الذى في ذمته للدائن الحاجـــز (1) .

ويسأل المحيل عن كل خطأ يقع منه سواء كان هذا الخطأ عمـدا ، أو اهمالا واذا كان الخطأ بسبب اهماله ، فيستوى أن يكون هذا الاهمال جسيما أو يسيـــرا (2) .

والجدير بالملاحظة أنه لا يجوز الاتفاق على اعفاء المحيل من مسؤوليته عـــن فعله الشخصي بأى حال ، سواء كان الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية عاما ، أو مقصورا على المسؤولية عن الخطأ اليسيـــر . سواء كانت هذه الافعال سابقة ، أو لاحقة على الحوالـــة (3) .

ثانيـا : ضمـان وجـود الحـــق :

ينص المشرع الجزائرى في المادة 244 من تقنينه المدني التي تقابلها وتطابقها المادة 308 من التقنين المدني المصرى على أنه " اذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل الا وجود الحق المحال به وقت الحوالة مالم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك

أما اذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيـل ضامنا لوجود الحق (4) "

.../...

---

(1) راجع السنهورى في المرجع اعلاه ص 501 ، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بنـــد 464 .

(2) راجع على الخصوص سليمان مرقس المرجع السابق ص 785 ، السنـهورى المرجع اعلاه ص 501 .

(3) راجع على الخصوص موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 462 ، بودرى و سينات المرجع السابق ص 866 .

(4) نص المادة 308 من التقنين المدني المصرى ، " 1) اذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل الا وجود الحق المحال به وقت الحوالة مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك . 2) اما اذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق " .

وينص المشرع اللبناني في المادة 2/284 من تقنين الموجبات والعقود قائــــلا "وهو يضمن للمتفرغ له ـ فيما خلا التفرغ المجاني ـ وجود الحق المتفرغ عنه وقت اجــراء التفرغ مع صحة هذا الحق ..." أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 1693 من تقنينه المدني ، على أن : "من يبيع حقا شخصيا أو أي حق آخر غير مادي يجب أن يضمن وجوده ، وقت الحوالة مالم يكن هناك اتفاق بعدم الضمان". (1)

ويتضح لنا من هذه النصوص ، أنها اتفقت كلها على مبدأ الزام المحيل بضمـان وجود الحق المحال به وقت الحوالة غير أن نصوص المشرع العربي قد جاءت أكثر وضوحا وشمولا من نص المشرع الفرنسي ، ذلك ان نصوص التشريعات العربية يتسع نطاقهـــــا ليشمل كل حوالة تمت بعوض سواء كانت بيعا أو هبة بمقابل ، (2) بينما أن نص المشـــرع الفرنسي اذا تقيدنا بحرفيته لا يشمل الا الحوالة بعوض عندما تكون بيعا ، أما اذا كانت هبة بمقابـــل ، فهي تخرج عن مضمون هذه القاعـــدة . وكأن حوالة الحق في القانون المدني الفرنسي ، لا يمكن ان تكون الا بيعا ، غير أنه من المسلم به فقها وقضاء فـــــي فرنسا ، كما سبق أن رأينا ، أن حوالة الحق يجوز ان تكون بيعا ، كما يجوز أن تكون هبة بمقابل أو بدون مقابل ، ولهذا فلا يجب أن يفهم ان القانون الفرنسي قد استبعد

.../...

---

(1)

Art 1693./ Celui qui vend une créance ou autre droit incorporel, doit en garantir l'existence au temps du transport, quoiqu'il soit fait sans garantie.

(عن بودري وسينات المرجع السابق ص856 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص527)

(2) راجع عكس هذا الرأي ، الاستاذ شفيق شحاتة في مرجعه السابق ص28 حيث يقول "ان المادة 308 من التقنين المدني المصري لم تواجه صورة الهبة بعوض ...". واعتقد أن ما ذهب اليه الاستاذ شفيق شحاتة من أن المشرعين الجزائري ، والمصري لم يواجها صورة الحوالة التي تكون هبة بعوض في الفقرة الثانية من المواد 308 مدني مصري والمادة 244 مدني جزائري غير سليم لانه قد أغفل عند معالجته لهذه المواد الفقرة الاولى منها التي تواجه صورة الحوالة اذا كانت عبارة عن هبة بمقابل واعتقد ان الاستاذ شفيق شحاتة ، قد فسر هذه المواد على ضوء مفهوم المادة 1694 مدني فرنسي التي تتكلم عن بيع ، بينما المشرع العربي كان أكثر دقة ، فهو يتكلم عن الحوالة بعوض ، وهي تشمل كل حوالة تتم بمقابل ، سواء كانت بيعا للحق ، أو هبة الحق الشخصي بمقابل .

تطبيق حكم الضمان على الحوالة التي تشكل بشكل الهبة بمقابل ، الذى ورد في القوانين العربية ، ذلك أن حكمه يمكن تطبيقه في القانون الفرنسي ، وذلك بالرجوع الى القواعد العامة المتعلقة بالضمان في الهبة بمقابل . ويلاحظ أن القوانين العربية قد فرقت في المواد الآنفة الذكر ، في الالتزام بضمان وجود الحق وقت الحوالة بين الحوالة بعوض والحوالة بغير عوض ، ولهذا أتكلم عن ضمان وجود الحق في الحوالة بعوض ، ثم في الحوالة بغير عوض .

1) ضمان وجود الحق في الحوالة بعوض :

يتضح لنا من المواد السالفة الذكر ، أن التزام المحيل بالضمان القانوني لا يقتصر على فعله الشخصي . بل يقع على عاتقه ، بمجرد انعقاد عقد الحوالة صحيحا وبقوة القانون اذا كانت الحوالة بعوض التزم بضمان وجود الحق المحال به . ونسبت الحوالة ، بل أن مجرد وجود الحق فعلا لا يكفي (1) ، بل يجب على المحيل ان يضمن للمحال له أنه المالك الحقيقي للحق المحال به (2) . بحيث لا يستطيع أى شخص آخر أن ينازع المحال له في الحق الذى اكتسبه بالحوالة . وعلى هذا الاساس يعتبر المحيل ضامنا لكل ما يعوق انتقال الحق المحال به للمحال له ، وانتفاعه به انتفاعا هادئا . فيلتزم المحيل بأن يدفع عن المحال له كل منازعة توجه اليه من الغير ، وتبنى على ادعاء حق على المحال به سواء كان موجودا وقت الحوالة أو اكتسب عن طريق المحيل بعد ذلك ، فان فشل المحيل في دفاعه عن حق المحال له ، امام تعرض الغير ، وقضى للغير بحق يتعارض مع حقوق المحال له ، وأدى الى استحقاق الحق المحال به كليا أو جزئيا ، كان الحق غير موجود وقت الحوالة ، واعتبر المحيل مخلا بالتزامه بضمان وجود الحق ، ذلك أن التزام المحيل بضمان وجود الحق هو التزام بتحقيق نتيجة فلا يقبل منه التذرع ببذل قصارى جهده في دفع التعرض دون أن يوفق ، بل يعتبر

.../...

(1) راجع حكم الاستئناف المختلط الصادر بتاريخ 17 جانفي 1961 المنشور بمجلة المحاماة عدد 43 ص 491 ، وكما صدر قبل هذا الحكم بتاريخ 21 مارس 1901 منشور بمجلة المحاماة عدد 13 ص 202 ، وكذلك حكما مستعجلا صدر عن محكمة مصر بتاريخ 1937/7/28 منشور بمجلة المحاماة عدد 19 ص 418 .

(2) راجع بودري وسينيات المرجع السابق ص 857 غبريال مارتي وبيير رينو المرجع السابق ص 815 اوبري ورو المرجع السابق ص 63 الموسوعة دالوز بند 443 شفيق شحاتة المرجع السابق ص 25 .

(1)
مخلا بالتزامه بوجود تجاه الغير في تعرضه .

واذا كان الحق المحال به موجودا وقت الحوالة ولكنه لمصلحة الغير ، فان الهدف المتوخى من الحوالة ، وهو جعل المحال له مالكا للحق المحال به ، يتخلف ، ذلك أنه مادام المحيل ملزما بنقل ملكية الحق المحال به الى المحال له ملكية الحق المحال إليه ملكية كاملة ، فهو اذا لم يكن مالكا ، فانه يقوم بالتصرف من ملك الغير . (2) ومن يتصرف في ملك غيره يلتزم بالضمان وللمحال ما حق في طلب ابطال الحوالة دون انتظار استحقاق الغير لهذا الحق . (3)

فالالتزام بضمان وجود الحق المحال به وقت الحوالة يجعل المحيل ضامنا اذا كان مصدر الحق المحال به أو أصله باطلا بطلانا مطلقا بسبب تخلف ركن من أركان العقد ، والتصرف الباطل لا وجود له قانونا فلا ينتج أثرا ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضي ببطلانه من تلقاء نفسها ولا تصح اجازته ولا يرد عليه التقادم .

واذا كان الحق موجودا ولكنه قابل للابطال بسبب نقص في الاهلية ، أو لعيب شاب ارادة المتصرف كالغلط أو التدليس أو الاكراه ، فان طلب الذى شرع الابطال لصالحه ابطال هذا العقد الذى كان مصدرا لحق المحال به ، ولو كان طلب الابطال لاحقا على الحوالة ، اذ للابطال اثر رجعي ينسحب على الماضي ، ويعتبر كأنه لم يوجد أصلا ، ولم يرتب أى حق مطلقا ، وبالتالي فان الحوالة تكون قد وردت على حق غير موجود، فيكون المحيل مسؤولا عن عدم وجود الحق المحال به . (4)

.../...

---

(1) راجع جميل الشرقاوى المرجع السابق ص234 وما بعدها ، سليمان مرقس عقد البيع ص386 ، جان يوسف الحكيم المرجع السابق ص290 ، بودري وسينات المرجع السابق ص357 ، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 442 .

(2) راجع الاستاذ السنهوري الوسيط الجزء 4 ص618 بودري وسينات المرجع السابق ص857 . راجع كذلك نقض مدني مصري صدر بتاريخ 14 مارس 1940 منشور بمجموعة عمر عدد 3 ص131 (عن السنهوري) .

(3) بودري وسينات المرجع السابق ص857 ، موسوعة دالوز المدنية بند 444 ، السنهوري الجزء 4 ص419 ، محمد حسنين عقد البيع المرجع السابق 136 ، جان يوسف الحكيم المرجع السابق ص292 .

(4) راجع في هذا السنهوري الوسيط الجزء 3 ص508 ، مصطفى الزرقاء المرجع السابق ص305 زهدى يكن شرح قانون الموجبات والعقود الجزء 6 ص98 ، بودري

كذلك يكون المحيل ضامنا ، اذا كان الحق المحال به معلقا على شرط فاسخ وتحقق الشرط الفاسخ قبل اجراء الحوالة ، أو بعد صدورها ، فينعدم الحق بأثـر رجعي ، أو كان هناك حق ، ولكنه انقضى قبل الحوالة ، بأي سبب من الاسباب القانونية للانقضاء ، كالوفاء أو الابراء أو التجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة أو التقادم ، ويترتب على كل هذه الوقائع القانونية ، اعتبار الحق المحال به غير موجود وقت الحوالة ، فتنعقد مسؤولية المحيل ، ويصبح مدينا بالضمان للمحال له (1) •

كذلك يكون الحق المحال به غير موجود ، اذا كان المحيل قد تصرف فيه قبل حوالته ، كأن يكون قد سبق أن وهبه أو باعه أو رهنه فيلتزم المحيل عندئذ بضمان تعرض الغير للمحال له ، أما اذا كان المحيل قد تصرف في الحق المحال به بعد حوالته ، ولكنه أصبح نافذا في حق الغير قبل نفاذ الحوالة فان المحيل في هذه الحالة الاخيرة يكون ملتزما بضمان فعله الشخصي (2) •

كذلك فان توقيع حجز تحفظي من دائني المحيل على الحق المحال به قبل صدور الحوالة يجعل الحق يعتبر غير موجود ، ويترتب على ذلك قيام مسؤولية عن عدم وجود الحق ، أما اذا تم توقيع الحجز التحفظي بعد صدور الحوالة ، ولكن قبل نفاذها في حق الغير وفي حق الدائن الحاجز فان المحيل يكون مسؤولا في هذه الحالة عن فعله الشخصـــي •

•••/•••

ـــ وسينات المرجع السابق ص 657 ومابعدها ، غبريال مارتي وبيير رينو المرجع السابق ص 615 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 527 ، أوبري ورو المرجع السابق ص 164 موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 449 -

(1) راجع السنهوري الوسيط الجزء 3 ص 503 مصطفى الزرقاء المرجع السابق ص 305 ، زهدي يكن المرجع السابق ص 98 ، شفيق شحاتة المرجع السابق ص 26 ، بودري وسينات المرجع السابق ص 657 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 527 ، غبريال مارتي وبيير رينو المرجع السابق ص 615 ، حكم لمحكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية صدر بتاريخ 23 ديسمبر 1902 دالوز الدوري 1904 • 1 • 280 •

(2) ــ (3) راجع في كل هذا الاستاذ السنهوري المرجع السابق اعلاه ص 504 وهامشها •

والجدير بالملاحظة هو أن الضمان القانوني الذى يقع على عاتق المحيل بمجرد انعقاد الحوالة ، لا يقتصر على وجود الحق المحال به وقت الحوالة • بل يمتد ليشمل وجود توابع هذا الحق من تأمينات عينية وشخصية ، ذلك أن ملحقات الحق مشمولة بالحوالة بنص القانون وبالتالي ينسحب عليها الضمان لأن الفرع يتبع الاصل ، ويعتبر الالتزام بضمان وجود توابع الحق المحال به وقت الحوالة من طبيعة عقد الحوالة ، فيتعمل به المحيل دون حاجة الى اتفاق خاص على ذلك ، مادام ليس هناك اتفاق صريح أو ضمني بين المتعاقدين على استبعاد حكمه ، فالمفروض أن المحيل أن المحيل قد حول الحق وضماناته مادام القانون يقرر أن الحوالة تشمل الحق ، وكل ضماناته ، وبالتالي يلتزم المحيل بضمان وجود هذه الضمانات وصحتها (1) •

واذا كان الالتزام بضمان وجود توابع الحق من طبيعة عقد الحوالة ، فانه ليس من مستلزماته ، ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية في البحث عن نية المتعاقدين ، ليتبين اذا كانت اتجهت الى ضمان وجود توابع الحق ، أو الى حصر هذا الضمان في وجود الحق المحال به فقط •

•••/•••

---

(1) راجع الاستاذ السنهوري الوسيط الجزء 3 ص 504 ، صبحي المحمصاني المرجع السابق ص 28 ، زهدي يكن شرح قانون الموجبات والعقود الجزء 6 ص 99 ، اسماعيل غانم المرجع السابق ص 367 ، مصطفى الزرقاء المرجع السابق ص 305 شفيق شحاتة المرجع السابق ص 26 ، غبريال مارتي وبيير رينو المرجع السابق ص 815 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 527 ، بودري وسينات المرجع السابق ص 859 ، اليكس ويل وفرانسوا تيري المرجع السابق ص 1003 ، اوبري ورو المرجع السابق ص 163 ، كولان وكابيتان المرجع السابق ص 470 • مازو المرجع السابق ص 1040 ، موسوعة دالوز بند 455 وراجع في القضاء المصرى حكم لمحكمة طنطا صدر بتاريخ 20 مارس 1926 ، منشور بمجلة المحاماة عدد 7 ص 224 •

راجع في القضاء الفرنسي حكم محكمة النقض الذى صدر عن غرفة العرائض بتاريخ 23 اكتوبر 1895 ونشر بدالوز 1896 • 1 • 122 وحكما آخر لمحكمة النقض صدر عن الغرفة المدنية الاولى بتاريخ 31 اكتوبر 1962 ونشر بدالوز 1963 — 363 •

واذا كان المحيل ملزما بضمان وجود توابع الحق المحال به ، فانه لا يضمن كفاية التأمينات العينية كالرهن ، والامتياز ، للوفاء بالحق المحال به أكثر مما يضمن الحق المحال به نفسه ، أى انه لا يضمن الا وجود هذه التأمينات . كما لا يضمن يسار الكفيل ، فاذا حدث ان اعسر الكفيل فلا يجوز للمحال له أن يرجع على المحيل بالضمان الا اذا كان بينهما اتفاق صريح على مثل هذا الضمان (1) .

اذن فالمحيل ملزم بمقتضى القانون بضمان وجود الحق المحال به ، وكذلك توابعه ، وقت الحوالة فاذا كان الحق المحال به من توابعه قائما وقت الحوالة ، ومملوكا للمحيل ، فلا ضمان عليه لو جد فيما بعد ما ترتب عليه انقضاء الحق المحال به ، أو توابعه بغير فعل المحيل ، فاذا كان الاستحقاق الكلي أو الجزئي للحق المحال به أو لبعض توابعه يرجع الى فعل المحال له او الى اعماله ، فلا ضمان على المحيل حتى لو كانت أسباب زوال هذا الحق سابقة على انعقاد الحوالة . فمثلا اذا انقضى الحق المحال به بالتقادم ، ولو كان التقادم قد بدأ قبل صدور الحوالة ، واستكملت

.../...

---

(1) راجع السنهوري المرجع المذكور اعلاه ص 504 ، مصطفى الزرقاء المرجع السابق ص 306 ، زهدى يكن المرجع اعلاه ص 99 ، اليكس ويل وفرانسوا تيرى المرجع السابق ص 1003 ، وبودرى وسينات المرجع السابق ص 859 ، غبريال مارتي ورينو المرجع السابق ص 816 ، كولان وكابيتان المرجع السابق ص 471 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 527 .

وراجع في القضاء المصري حكم لمحكمة الاستئناف المختلط الصادر بتاريخ 18 مارس 1891 المنشور بمجلة المحاماة عدد 3 ص 274 .

وراجع في القضاء الفرنسي حكما لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 فيفرى 1857 منشور بدالوز 1857 — 1 — 87 .

وحكما آخر لمحكمة الجزائر صدر بتاريخ 28 جانفي 1896 منشورا بدالوز 1897 — 1 — 449 مع تعليق الاستاذ لوينمر .

مدته بعد الحوالة ، اذا كان للمحال له الوقت الكافي لقطع مدة التقادم (1) ، ولم يفصل فلا يكون المحيل مسئولا عن ذلك ، لذلك فان المحيل لا يضمن سقوط قيد الرهن الذى قد يحدث بعد الحوالة اذا لم يجدده المحال له في الوقت المناسب (2) . كذلك لا ضمان على المحيل في حالة ما اذا انقضى الحق المحال بسبب قوة قاهرة أو بسبب اجنبي (3) .

واذا كان الحق المحال به ، حقا متنازعا فيه ، فلا يكون المحيل ضامنا حقيقي لوجود الحق المحال به وقت الحوالة ، ذلك ان المحيل لم يحول في الحقيقة حقا محقق الوجود ، وانما حول حقا احتماليا غير محقق الوجود أى أنه لم يحول الا مجرد الادعاء بحـــق (4) .

.../...

---

(1) راجع السنهورى الجزء 3 ص505 ، اسماعيل غانم المرجع السابق ص367 ، غبريال مارتي وبيير رينو المرجع السابق ص815 ، بودرى وسينات المرجع السابق ص860 بلانيول وريبير المرجع السابق ص527 ، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 465 . 466 .

وتجدر الاشارة هنا أنه اذا بدأ سريان التقادم قبل الحوالة ، ولم يكن للمحال له الوقت الكافي لقطع سريان مدة التقادم فيكون المحيل حينئذ مسؤولا عن ضمان وجود الحق وقت الحوالـــة .

(2) راجع في القضاء الفرنسي حكم لمحكمة النقض صدر عن الغرفة المدنية بتاريخ 13 فيفرى 1849 منشور بدالوز 1849 . 1 . 40 ، وراجع في القضاء المصرى استئناف صدر بتاريخ 15 نوفمبر 1944 منشور بالمجموعة الرسمية 46 ص136 .

أما اذا كان سبب زوال الرهن يرجع الى وقت سابق على الحوالة ، فان المحيل يكون ضامنا لزوال التأميـــن .

(3) مثل ذلك صـــدور قـــرار حكومـــي بالغاء التزام كان قد ترتب على عاتق بلد يـــــة لفائدة احد الفائزين في مسابقة ما (محكمة النقض الفرنسية غرفة العرائض 16 جويلية 1828 ، منشور " J.C.P. باب البيع بند 1853 و 1877 " (عن دالوز المدنيـــة) .

(4) راجع غبريال مارتي وبيير رينو المرجع السابق ص815 ، أوبرى ورو المرجع السابق ص173 وما بعدها بودري وسينات المرجع السابق ص961 ، موسوعة دالـــــوز المدنية (باب حوالة الحق) من البند 470 الى 474 ، الاخوة مازو المرجـــع السابق ص1049 ، راجع حكم لمحكمة النقض الفرنسية صدر عن غرفة العرائـــض بتاريخ 4 جويلية 1905 ، منشورا بدالوز 1910 . 1 . 222 .

2) ضمان وجود الحق في الحوالة بغير عوض :

لقد نص المشرع الجزائرى في المادة 2/244 من تقنينه المدني ، التي تقابلها وتطابقها المادة 2/308 من التقنين المدني المصرى قائلا ، " اما اذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامنا لوجود الحق " أما المشرع اللبناني فقد نص في المادة 2/284 من تقنين الموجبات والعقود قائلا ، " وهو يضمن للمتفرغ له فيما خلا التفرغ المجاني — وجود الحق المتفرغ عنه وقت الحوالة ... "

ولا نجد نصا مماثلا لهذه النصوص في باب الحوالة في التقنين المدني الفرنسي غير أن حكم هذه النصوص رغم عدم وروده في باب الحوالة في القانون الفرنسي يمكن تطبيقه بالرجوع الى القواعد العامة ، التي أوردها المشرع بشأن الضمان في باب عقد الهبة ، وقد سبق أن اشرت ان سبب عدم تعرض المشرع الفرنسي للضمان في الحوالة بدون عوض يجد تبريره في الخطأ الفني الذى وقع فيه واضعو التشريع المدني الفرنسي عندما نظموا أحكام الحوالة في باب عقد البيع باعتبارها نوعا من البيع رغم أننا سبق أن رأينا أن الحوالة قد تكون بيعا ، كما تكون هبة ، ولهذا اذا كانت الحوالة هبة ، فيجب الرجوع الى القواعد العامة في عقد الهبة (1) . ورغم هذه الملاحظات ، فاعتقد أنها لا تطعن في امتياز المشرع الفرنسي ، عن المشرع العربي ، بتجنبه الوقوع في التكرار الذى وقع فيه المشرع العربي ، الذى لم يضف جديدا في باب الحوالة ، واكتفى بترديد ما جاءت به القواعد العامة في شأن الضمان في باب عقد الهبة بدون مقابل (2) . مع ملاحظة ان المواد المتعلقة بضمان وجود الحق المحال به في الحوالة بغير عوض ، قد جاءت في صيغة عامة ، لا تخلو من الغموض

.../...

---

(1) والجدير بالملاحظة ان الفقهاء الفرنسيين عند معالجتهم لموضوع الحوالة ، لا يتطرقون لاحكام الضمان في الحوالة اذا تشكلت بشكل عقد الهبة ، ويكتفون بالاحالة على القواعد الخاصة باحكام الضمان في عقد الهبة ، بل ان بعض الفقهاء الفرنسيين قد تناولوا عقد الحوالة ، اثناء معالجتهم لعقد البيع تمشيا مع التبويب الذى اعتمده المشرع الفرنسي .

(2) راجع الاستاذ شفيق شحاتة المرجع السابق ص 27 .

اذ أنها لم ترتب أي التزام على عاتق المحيل اذا كانت الحوالة بغير عوض ، كما أنها لم تجز الاتفاق على خلاف ما تقضي به • وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يجيز هذا الاتفاق ، وكان ينص في آخر الفقرة الثانية من المادة 308 على " مالم يتفق على غير ذلك " غير أن هذا النص تم حذفه في لجنة المراجعة ، وعلل هذا الحذف ، بأنه من أجل أن يتمشى حكم هذه الفقرة مع حكم المادة 310 ، لأن المحيل لم يستول على شيء حتى يرده في حالة الضمان المتفق عليه (1) •

وأعتقد أن هذا التبرير غير كاف لتعليل خروج المشرع على حكم القواعد العامة هذا الخروج الذي لا مبرر له ، فبالاضافة الى أنه يتعارض مع المبادئ القانونية ، التي سبق أن تبنتها هذه القوانين ، وأقرت بموجبها مبدأ سلطان الارادة الذي ينشط على وجه الخصوص في مجال الحقوق الشخصية فاني لم أدرك بعد الحكمة المتوخاة من التمييز في مجال الالتزام بالضمان بين الحوالة بدون عوض ، والهبة بدون مقابل التي أجاز فيها المشرع المصري اشتراط الضمان بشرط صريح كذلك فاني لا أرى أي تعارض بين المادة 308 قبل حذف عبارة " مالم يتفق على غير ذلك " والمادة 310 ذلك أن الاتفاق على ضمان وجود الحق في الحوالة بغير عوض لا يترتب عليه رد ما استولى عليه المحيل ، ما دام أنه لم يستول على أي شيء • وانما يكون في وسع المحال له في هذه الحالة ان يحصل على تعويض عادل عما أصابه من ضرر (2) •

ولهذا فان أحكام الهبة ، هي التي تطبق اذا انطوت الحوالة على عقد هبة بدون مقابل ، وقد نصت المادة 494/1 من التقنين المدني المصري على أنه " لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق ، أو كانت

.../...

---

(1) راجع مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجزء 3 ص 128 •

(2) راجع شفيق شحاتة المرجع السابق ص 27 •

الهبة بعوض ،وفي الحالة الاولى يقدر القاضي للموهب له تعويضا عادلا عما أصابه من ضرر . وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق الا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض كل هذا ما لم يتفق على غيره "[1] .

ويتضح لنا من هذا النص أن الواهب ـ المحيل ـ في الهبة بدون مقابل ـ الحوالة بدون مقابل ـ لا يضمن في الاصل تعرض الغير ـ اى وجود الحق المحال به ـ ويستثنى من هذا الاصل ،حالة ما اذا تعمد الواهب ـ المحيل ـ اخفاء سبب الاستحقاق ،أى اذا كان المحيل عالما بانعدام الحق المحال به ،واخفى ذلك عن المحال له غشا واضرارا به ،كأن يخفي مستندا يثبت حق الغير في المال الموهوب او يطمس علامات ظاهرة تدل على حق الغير . وعند ذلك يقدر القاضي للموهوب له ـ للمحال له ـ تعويضا عادلا عما أصابه من ضرر . فيجب اذن ان يكون هناك ضرر أصاب الموهوب له ـ المحال له ـ من جراء استحقاق الحق المحال به أو من جراء انعدامه[2] . ولا يكفي أن يكون هذا الضرر مجرد فوات الحق الموهوب ،بل يجب أن يكون الضرر خسارة ايجابية لحقت الموهوب له ـ المحال له ـ بأن يكون مثلا قد اعتمد على الحق المحال به في سداد دين ،أو في القيام بمشروع ،أو في ابرام صفقة ،ولما فات عليه هذه الحق تحمل خسارة من جراء ذلك ، ففي هذه الحالة يكون المحيل ملتزما بالضمان ، ويكون في وسع القاضي ان يقدر تعويضا عادلا للموهوب له ـ المحال له ـ عما اصابه من ضرر[3] . ومصدر التعويض هنا ليس عقد الحوالة ،وانما هو الخطأ الذى ارتكبه المحيل باخفائه عمدا سبب الاستحقاق[4] ،أو انعدام الحق حتى الحق الضرر بالمحال له .

.../...

(1) نص المادة 522 موجبات وعقود لبناني " يقوم الموهوب مقام الواهب في جميع الحقوق والدعاوى المختصة به عند نزع اليد بالاستحقاق ،على أن الواهب لا يلزم بضمان الاموال الموهوبة الا اذا نص على العكس او كانت الهبة مقيدة بتكليف ،وفي الحالة الاخيرة يكون الواهب مسؤولا عن الاستحقاق على قدر قيمة التكليف . "
ويلاحظ ان أحكام تقنين الموجبات والعقود اللبناني تتفق في مجملها مع أحكام التقنين المدني المصرى الا أن التقنين اللبناني لم يرد فيه ذكر لحالة ضمان الواهب الاستحقاق اذا تعمد اخفاء سببه .

(2) راجع السنهورى الوسيط الجزء 3 ص 513 ،سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص 485 .

(3) راجع السنهورى المرجع السابق ص 513 ، سمير عبد السيد تناغو ص 485 ،شفيق شحاتة المرجع السابق ص 27 .

(4) راجع السنهورى المرجع المذكور اعلاه ص 513 .

المطلـــب الثانـــي

الضمـــان الاتفـــاقـي

أحكام الضمان التي سبق أن عرضتها هي الاحكام التي تتضمنها النصوص التشريعية في المجموعة المدنية ، التي نظمت ما يسمى بالضمان القانوني ، وقواعد الضمـــان القانوني ، ليست قواعد آمرة تطبق حتما ، وبقوة القانون في كل حالة ، بل هي قواعد مقررة أو مفسرة يجوز للمتعاقدين الخروج على أحكامها ، وتنظيم أحكام الضمان بقواعد اتفاقية ، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 244 /2 من تقنينه المدني التي تقابلها المواد 308/2 مدني مصري ، 284/2 موجبات وعقود لبناني علـى أن المحيل يضمن في الحوالة بعوض وجود الحق المحال به وقت الحوالة مالم يكـن هناك اتفاق على خلاف ذلك .

والملاحظ أن أحكام هذه المواد ، كان في الامكان تطبيقها دون النص عليهـا في حالة ما اذا تشكلت الحوالة بشكل عقد البيع اذ ما هي الا ترديد للقواعد العامة في باب عقد البيع ، التي جاءت أكثر تفصيلا ووضوحا ، فقد نصت المادة 377/1 من التقنين المدني الجزائري التي تقابلها وتطابقها كل من المادة 445/1 مدني مصري والمادة 430 موجبات وعقود لبناني والمادة 1627 مدني فرنسي على أنه " يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد أو ينقصانه أو يسقطاه " (1)

ويتبين لنا جليا من هذه المواد أن الاتفاق على مخالفة قواعد الضمان القانوني قد يكون القصد منه هو تشديد أحكام الضمان القانوني ، وقد يكون القصد منه هـو تخفيف أحكام الضمان القانوني أو الاعفاء منه نهائيا ، ولا يحد من حرية المتعاقديـن في هذا الشأن الا دائرة النظام العام .

.../...

---

(1) نص المادة 445/1 مدني مصري " يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق او ينقصانه او يسقطا هذا الضمان ". نص المادة 430 موجبات وعقود لبناني " يحق للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص ان يزيلوا او ينقصوا مفعول هذا الموجب القانوني كما يحق لهم أن يتفقوا على عدم الزام البائع بضمان ما ".
نص المادة 1627 مدني فرنسي :

هذا في الحوالة بعوض اما في الحوالة بدون عوض ، فقد سبق ان قلت بأن أحكام عقد الهبة هي التي تتطبق في هذا الشأن وقد سبق أن رأينا ان المشرع قد أجاز للمتعاقدين الاتفاق على خلاف ما جاءت به النصوص التشريعية (1) .

اولا : الضمان الاتفاقي في الحوالة بعوض :

1) الاتفاق على انقاص الضمان او اسقاطه :

اذن يجوز للمتعاقدين ان يتفقا على التخفيف من أحكام الضمان القانوني ، او الاعفاء منه نهائيا فقد يتم الاتفاق على تحديد مسؤولية المحيل ، كأن يتفق الطرفان على اعفائه من ضمان وجود توابع الحق المحال به وقت الحوالة ، وعندئذ فلا ضمان على المحيل اذا تبين فيما بعد ان الرهن الذى كان يضمن استيفاء الحق المحال به غير موجود وقت الحوالة بسبب بطلانه ، أو ابطاله من طرف الراهن ، او كان قد سقط بسبب عدم تجديد قيده من طرف المحيل (2) ، كذلك يجوز الاتفاق على قصر التعويض الذى يرجع به المحال له على المحيل ، بحيث لا يشمل الا ما دفعه اليه المحال له من ثمن للحوالة ، دون الفوائد والمصروفات (3) ، وقد يتفق المتعاقدان على ان الاستحقاق الجزئي لا يخول المحال له فسخ الحوالة مع المطالبة بالتعويض كاملا ، ولو كان النقص جسيما ، وان يقتصر حق المحال له على المطالبة بالتعويض في كل حالات الاستحقاق الجزئي (4)

.../...

---

(1) راجع المواد 494 مدني مصرى ، و522 موجبات وعقود لبناني .

(2) راجع بلانيول وريبير المرجع السابق ص529 ، غبريال مارتي وبيير رينو المرجع السابق ص817 ، بودرى وسينات المرجع السابق ص866 ، الاخوة مازو المرجع السابق ص1040 ، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) صرمند 495 ، السنهورى الوسيط الجزء 3 ص506 وحكم لمحكمة النقض الفرنسية صدر عن غرفة العرائض بتاريخ 28 ماى 1873 منشور بدالوز 1873 • 1 • 407 .

(3) راجع سليمان مرقس شرح القانون المدني الجزء 2 ص786 وجميل الشرقاوى المرجع السابق ص272 ، زهدى يكن شرح قانون الموجبات والعقود الجزء 7 ص312 .

(4) راجع جميل الشرقاوى المرجع السابق ص272 ، زهدى يكن شرح قانون الموجبات والعقود الجزء 7 ص312 • محمد حسنين عقد البيع في القانون المدني الجزائرى ص149 .

بل يجوز أن يتفق الطرفان على اسقاط الضمان ، فاذا اشترط المحيل عدم ضمان وجود الحق المحال به وقت الحوالة ، فلا ضمان عليه لو تبين فيما بعد ان الحق المحال بـه ليس ملكا له ، واستحق من تحت يد المحال له من طرف صاحب الحق الحقيقي (1) . وتجدر الاشارة الى أن مثل هذه الاتفاقات تصادفنا كثيرا في الحياة العملية وخاصة في بيـع الحقوق المتنازع فيها .

واذا اشترط المحيل عدم ضمان وجود الحق المحال به ، ففي حالة ما اذا استحق هذا الحق للغير ، فما هو أثر شرط عدم الضمان ؟ لم يجب المشرع عن هذا السؤال في باب الحوالة ، ولهذا يتعين الرجوع الى القواعد العامة في باب عقد البيع . لتحديد أثر شرط عدم الضمان . ووفقا للقواعد العامة فان اشتراط المحيل عدم الضمان لا يعفيه من رد الثمن ، في حالة عدم وجود الحق المحال به ، ذلك ان تحقق سبب الضمان وقت الحوالة يجعل منها عقدا باطلا . ولا يعود للالتزام بالثمن سبب يستند اليـه . فيتعين رده ، لأن البائع لا يمكنه ان يحتفظ بالثمن اذا لم يقدم المبيع (2) . غير أن اشتراط عدم الضمان لا يبقى اتفاقا بدون اثر ، الا أن اثره يقتصر على اعفاء المحيل من دفـع التعويض ، والفوائد ، والمصاريف ، في حالة عدم وجود الحق المحال به وقت الحوالة أو وجوده لمصلحة الغير الذى استحقه بعد الحوالة (3) .

.../...

---

(1) راجع بودري وسينات المرجع السابق ص 864 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 529 السنهوري المرجع المذكور اعلاه ص 506 .

(2) راجع المواد التالية : 2/378 مدني جزائري ، 2/446 مدني مصري ، 432 موجبات وعقود لبناني ، 1629 مدني فرنسي .

(3) راجع اوبري ورو المرجع السابق ص 164 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 529 بودري وسينات المرجع السابق ص 365 ، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) من البند 486 الى 489 . جميل الشرقاوى المرجع السابق ص 274 ، زهدى يكن شرح قانون والموجبات والعقود الجزء 7 ص 315 . مارتي ورينو المرجع السابـق ص 817 كولان وكابيتان المرجع السابق ص 471 ، اليكس ويل وفرانسوا تيرى المرجع السابق ص 1004 .

وقد أورد المشرع على هذا الاصل العام استثناءين يترتب على الاعفاء من الضمان فيهما ، ابراء ذمة المحيل تماما ، ويسقط حق المحال له في الرجوع عليه بأى شيء ، فلا يطالبه حتى برد الثمن الذى دفعه . الاستثناء الاول ، اذا كان المحال له الذى قبل شرط المحيل بعدم الضمان عالما وقت الحوالة بسبب الاستحقاق فيفترض فيه اذا قبل شرط الاعفاء من الضمان مع علمه بسبب الاستحقاق انه مضارب وأنه اشترى تحت مسؤوليته ولابد ان يكون قد وضع في حسابه هذه المخاطر عند تقديره لثمن الحوالة (1) . الاستثناء الثاني ، ويتمثل في الحالة التي يشترى فيها المحال له ساقط الخيار ، أى اذا صرح في العقد بأنه ينزل عن كل حق له في الرجوع على المحيل .

غير أنه اذا لم يكن المحال له يعلم بأن الحق المحال به متنازع فيه ، فتعتبر الحوالة عندئذ انها وردت على حق خال من النزاع ، فاذا استحق فيما بعد ، أى نازع الغير المحال له في هذا الحق ، وخسر هذا الاخير دعواه كان المحيل مسؤولا عن وجود الحق رغم اشتراطه عدم الضمان ، ويكون ملزما برد الثمن . ولو كان قد اشترط في العقد عدم رد الثمن (2) .

.../...

---

(1) بودرى وسينات المرجع السابق ص865 ، غابريال مارتي المرجع السابق ص817 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص529 ، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 492 ، 493 ، السنهورى الوسيط الجزء 3 ص507 ، جميل الشرقاوى المرجع السابق ص275 ، وراجع كذلك حكم لمحكمة النقض الفرنسية صدر عن الغرفة المدنية بتاريخ 4 جويلية 1905 ، منشور بدالوز الدورى 1910 . 1 . 222 .

(2) راجع بودرى وسينات المرجع السابق ص865 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص529 ، اوبرى ورو المرجع السابق ص165 ، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 496 وما بعده ، غابريال مارتي وبيار رينو المرجع السابق ص817 ، جميل الشرقاوى المرجع السابق ص274 وراجع حكم لمحكمة اميانس الفرنسية صدر بتاريخ 18 اكتوبر 1956 منشور بمجلة القصر 1956 . 2 . 353 .

ويشترط كذلك حتى يكون الاتفاق على الاعفاء من الضمان نافذا ، ومنتجا لاثاره الا يقصد به اعفاء المحيل من مسؤوليته عن الاستحقاق الذى يترتب على فعله الشخصي ذلك لان اشتراط المحيل اعفاءه من ضمان الاستحقاق الناشيء عن فعله الشخصي يكون باطلا ولا أثر له (1) . وتطبق أحكام الضمان القانوني ، فلا يجوز للمحيل أن يستند الى شرط عدم الضمان لدفع رجوع المحال له عليه بدعوى الضمان . اذا كان الاستحقاق مبنيا على فعله (2) .

والاتفاق على تخفيف الضمان او الاعفاء منه يكون في العادة صريحا ، وبعبارات واضحة لاتثير اى شك ولاتقبل اى تأويل . ولكن ليس هناك ما يمنع من ان يكون الاتفاق ضمنيا يستنتج من شروط العقد ، وظروف التعاقد . وقاضي الموضوع هو الذى يفصل في وجود هذا الشرط ، اوعدم وجوده ، ولكنه مع ذلك لا يستطيع ان يصل الى افتراض وجوده . اذا لم يجد ما يقطع في الدلالة عليه (3) ، وان كان هناك شك ، فيجب ان يفسر وفقا للقواعد العامة التي تقضي بتفسير الشك لصالح المدين وهو هنا المحيل (4) .

.../...

(1) راجع المواد التالية، 377 / 1 مدني جزائرى ، 446 / 1 مدني مصرى ، 431 موجبات وعقود لبناني ، 1628 مدني فرنسي .

(2) راجع جميل الشرقاوى المرجع السابق ص 274 ، بودرى وسينات المرجع السابق ص 865 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 529 ، غابريال مارتي وبيير رينو المرجع السابق ص 817 ، اليكس ويل وفرانسوا تيرى المرجع السابق ص 1004 أوبرى ورو المرجع السابق ص 165 . الاخوة مازو المرجع السابق ص 1040 ، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) البنود 502 ، 503 ، 504 ،

(3) راجع بودرى وسينات المرجع السابق ص 865 . كولان وكابيتان المرجع السابق ص 471 ، غابريال مارتي وبيير رينو المرجع السابق 817 اليكس ويل وفرانسوا تيرى المرجع السابق ص 1004 جميل الشرقاوى المرجع السابق ص 273 .

(4) راجع المواد التالية ، 1/112 ، مدني جزائرى ، 151 / 1 مدني مصرى ، 1162 مدني فرنسي .

2)الاتفاق على زيادة الضمان :

وكما يجوز الاتفاق على تخفيف أحكام الضمان القانوني ،أو الاعفاء منها يجوز كذلك الاتفاق على تشديد أحكام الضمان ،والشرط على زيادة الضمان الذي نصادفه عادة في الحياة العملية يتعلق بضمان يسار المدين المحال عليه .ذلك أن يسر يسار المحال عليه ينعكس بصورة جلية على قيمة الحق ويعطي ضمانة كبيرة لامكان تحصيله عند حلول أجل استحقاقه ،خاصة أن المشرع قد أعفى المحيل من ضمان يسار المحال عليه بحكم القانون ،لكنه أجاز ضمان المحيل يسار المحيل عليه بموجب اتفاق خاص يشترط صراحة هذا الضمان .

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 245 من تقنينه المدني ،التي تقابلها وتطابقها المادة 309 من التقنين المدني المصري على أنه " لايضمن المحيل يسار المدين الا اذا وجد اتفاق خاص بهذا الضمان ،واذا ضمن المحيل يسار المحال عليه فلا ينصرف هذا الضمان الا الى يسار المدين وقت الحوالة مالم يتفق على غير ذلك " (1) . أما المشرع اللبناني فقد نص في المادة 284 2/ من تقنين الموجبات والعقود قائلا " ... غير أنه لايضمن ملاءة المديون أما اذا كان الاتفاق ينص على العكس فيما يختص بملاءة المديون فيجب أن يكون النص الراجع اليها مقتصرا على الملاءة الحاضرة ،وأن تقتصر على قيمة بدل التفرغ الا اذا كان هناك تصريح مخالف " . أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 1694 من تقنينه المدني على أنه : " لا يسأل - المحيل - عن يسار المدين الا اذا تعهد بذلك وفي حدود ما قبضه ثمنا للحوالة " ويضيف في المادة 1695 قائلا " واذا وعد بضمان يسار المدين ،فان هذا الوعد لاينصرف الا الى اليسار في الحاضر ولا يشمل اليسار في المستقبل اذا لم يشترطه المحيل صراحة " (2) .

(1) نص المادة 309 مدني مصري " لايضمن المحيل يسار المدين الا اذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان ،واذا ضمن المحيل يسار المدين فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت الحوالة . مالم يتفق على غير ذلك " .

(2) نص المواد 1694 و1695 من التقنين المدني الفرنسي باللغة الفرنسية :

ART 1694 /" Il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé et jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la créance".

ART 1695 /" Lorsqu'il a promis la garantie de la solvabilité du débiteur, cet promesse ne s'entend que de la solvabilité actuelle, et ne s'éten pas au temps à venir, si le cédant ne l'a expressement stipulé".

اذن فقد اجمعت كل هذه التشريعات على أن الاصل العام هو أن المحيل لا يضمن بمقتضى احكام الضمان القانوني يسار المحال عليه ، واستثناء من هذا الاصل يجوز بموجب اتفاق خاص أن يلتزم المحيل بضمان يسار المحال عليه ، ومادام هذا الالتزام استثناء لا يترتب الا بموجب اتفاق خاص، فانه لا ينتج أثاره الا في الحدود التي تم فيها ، وعليه يجب أن يتم بصيغ دقيقة ، وواضحة تحدد مداه ذلك أن يسار المحال عليه يمكن تصوره وقت اجراء الحوالة ، أو في وقت لاحق وخاصة وقت حلول أجل استحقاق الحق المحال به ، فاذا كان الاتفاق قد تم بعبارات عامة ، وغير محددة لمداه فان ضمان المحيل ليسار المحال عليه لا ينصرف الا الى الضمان وقت الحوالة ، ذلك أن أحكام هذه المواد لا تعدو كونها تطبيقا للقواعد العامة القاضية بتفسير الشرط الغامض لمصلحة المدين وهو هنا المحيل، (1) فالأصل أن المحيل لا يضمن يسار المحال عليه ، لا وقت انعقاد الحوالة ، ولا وقت حلول أجل استحقاق الحق المحال به ،. فاذا التزم بهذا الضمان بدون توضيح أو تحديد لمدى هذا الضمان ، فاليسار المضمون ، ينصرف الى يسار المحال عليه وقت انعقاد الحوالة ، ولا يمتد لضمان اليسار في المستقبل اذا لم يشترط ذلك بوضوح . وعليه فاذا كان المدين المحال عليه موسرا وقت الحوالة اعتبر المحيل منفذا لالتزامه بالضمان ، وبرئت ذمته منه ، حتى لو أعسر المدين المحال عليه بعد ذلك ، ولو قبل ان تصبح الحوالة نافذة في حقه (2) كذلك فان المحيل لا يكون ضامنا ليسار المحال عليه ، حتى لوكان يعلم باعساره وقت الحوالة ، مادام المحال له لم يشترط عليه ذلك ، لان مجرد علم المحيل بهذه الواقعة لا يكفي لمساءلته عن الضمان ، لان علمه باعسار المحال عليه لا يمكن أن يقوم مقام الاتفاق . (3) وقد يكون علمه باعسار مدينه هو الذى دفعه الى

.../...

---

(1) راجع المواد التالية : 1/112 مدني جزائري ، 1/151 مدني مصري، 1/1162 مدني فرنسي .

(2) راجع بودري وسينيات المرجع السابق ص867، الاخوة مازو المرجع السابق ص1040 اوبري ورو المرجع السابق ص165 موسوعة دالوز المدنية(باب حوالة الحق) بند513 وما بعده ، السنهوري الوسيط الجزء 3 ص508 .

(3) راجع السنهوري الوسيط الجزء 3 ص508 ، بودري وسينيات المرجع السابق ص868 .

حوالة حقه ليتجنب مشاكل المطالبة القضائية ، وكان من الواجب على المحال له ، لو سلك سلوك الرجل العادى أن يقوم قبل اقدامه على ابرام العقد بالتحريات اللازمة عن حالة المدين ، ومقدار ملاءته ، وان لم يستطع ان يتبين حالته فقد كان من واجبه ان يشترط على المحيل ان يضمن له يسار المحال عليه ، حتى يكون بمنأى عن مخاطر اعساره وقت الحوالة ، أو فيما بعد ، فان هو لم يفعل لا هذا ولا ذاك كان مقصرا وتحمل نتيجة تقصيره ، واهماله ، واعتبر أنه اشترى الحق بالحالة التي كان عليها (1) ، أما اذا كان المحيل قد التجأ الى استعمال وسائل احتيالية لاخفاء حالة اعسار المحال عليه ، بحيث لم يستطع ان يتبينها المحال له حتى لو كان قد قام بالتحريات اللازمة ، فعندئذ يكون المحيل مسؤولا عن اعسار المحال عليه ، حتى لو لم يشترط عليه المحال له ضمان اليسار (2) .

وحتى يطمئن المحال له الى انه سوف يحصل على حقه ، عند حلول ميعاد استحقاقه ، يشترط عادة على المحيل أن يضمن له يسار المحال عليه في المستقبل أى عند حلول أجل استحقاق الحق المحال به ، وهذا الشرط هو الذى نصادفه بكثرة في الحياة العملية . وحتى يضمن المحيل يسار المحال عليه في المستقبل يجب ان يتم النص على هذا الضمان في العقد بشرط صريح وبعبارات محددة وقاطعة الدلالة (3) . فاذا تبين عند حلول أجل الاستحقاق ان المحال عليه معسر

.../...

---

(1) راجع السنهورى الوسيط الجزء 3 ص 503 ، بودرى وسينات المرجع السابق ص 868 .

(2) راجع بودرى وسينات المرجع السابق ص 868 ، السنهورى الجزء 3 ص 509 موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 19 51 ومابعده ، وراجع في القضاء الفرنسي حكم لمحكمة النقض صدر عن غرفة العرائض بتاريخ 14 أفريل 1908 منشور بدالوز الدورى 1910 ـ 1 ـ 457 . وفي القضاء المصرى حكم لمحكمة شبين الكوم صدر بتاريخ 11 مارس 1931 منشور بمجلة المحاماة عدد 12 ص 646 .

(3) راجع بلانيول وريبير المرجع السابق ص 530 ، اوبرى ورو المرجع السابق ص 166 بودرى وسينات المرجع السابق ص 868 ، السنهورى الوسيط الجزء 3 ص 509 ، شفيق شحاتة المرجع السابق ص 28 .

كان للمحال له الرجوع على المحيل بدعوى الضمان ، غير أنه يشترط لرجوع المحال له على المحيل بدعوى الضمان ان يقوم بمطالبة المحال عليه في كل ذمتـــه المالية ، وليس فقط في الاموال المخصصة للوفاء بالحق المحال بـــه (1) . وذلك وفقا للمبدأ القائل بأن كل أموال المدين ضامنة لديونـه .

وقد يتفق المحيل ، والمحال لـه على تشديد أحكـام الضمان أكثـر اذ يجوز للمحال له ان يشترط على المحيل ان يقوم بالوفاء بالحق المحال بـــه بدلا من المحال عليه بمجرد رفض هذا الأخير الوفاء به ، وعليه فبمجرد رفض المحال عليه الوفاء بالحق المحال به ، يعتبر المحيل مسؤولا بالضمان ، لكـــن هذا لا يعطي للمحال له الحق في الرجوع على المحيل الا بعد مطالبة المحـــال عليه ، ذلك أن التزام المحيل ، يبقى دائما التزاما احتياطيا ، ولو أن هذا الشرط يجعل من المحيل المدين الشخصي والمباشر للمحال لـــه (2) .

والجدير بالملاحظة هو أن المحيل الذى التزم بضمان يسار المحال عليه في المستقبل ، لا يعتبر كفيلا للمحال عليه ولذلك فان التزامه بالضمـــان لا يمتد الا الى يوم الاستحقاق ، ولا يعتبر المحيل مسؤولا عن اعسار المحال عليه بعد ذلك الا اذا كان المحال له قد اثبت أن المدين المحال عليه كان معسرا عند حلول ميعاد الاستحقاق وان مطالبته لن تجدى نفعا ، ولن يكون من ورائها الا تحمل مصاريف لا لزوم لهـا . وان تأجيل مطالبته بالوفاء بالحق المحـــال بـه ، لم يكن لـه اى دور في زيادة اعساره ، اما اذا كان المحال له قد أعطى

.../...

---

(1) راجع بلانيول وريبير المرجع السابق ص530 ، أوبرى ورو المرجع السابق ص166 ، بودرى وسينيات المرجع السابق ص870 ، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالــة الحـق) بنـد 526 .

(2) راجع بودرى وسينيات المرجع السابق ص 870 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص530 ، اوبرى ورو المرجع السابق 166 موسوعة دالوز المدنية البنـــود : 526 ، 527 ، 528 ، 529 . وراجع حكم لمحكمة النقض الفرنسيـــة صدر عن غرفة العرائض بتاريخ 15 فيفرى 1910 منشور بدالوز الدورى 1912 — 1 — 404 .

للمحال عليه مهلة للوفاء بالحق المحال به ، فلا رجوع له على المحيل بالضمان .(1)
ومن باب أولى لا يكون المحيل مسؤولا عن اعسار المدين المحال عليه اذا كان اعساره راجعا الى خطأ المحال له نفسه ، كما لو كان للحق المحال به ضمانات فنزل عنها المحال له باختياره بأن شطب الرهن ، أو أهمل تجديده في الوقت المناسب ، أو أبرأ ذمة الكفيل ، الذى كان يمثل يساره ضمانا أكيدا لاستيفاء الحق .(2) كذلك يفقد المحال له حقه في الضمان بالتقادم الطويل ابتداء من تاريخ الاستحقاق .(3)

واذا كان المحال له لا يستطيع الرجوع على المحيل بدعوى ضمان اليسار الا بعد أن يثبت اعسار المحال عليه ، فان له أن يتخذ كل الاجراءات الضرورية ضد المحيل ليحفظ حقوقه حتى يتمكن من الرجوع عليه عند ما يثبت اعسار المدين .(4)

.../...

(1) راجع في هذا موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) من البند 534 الى البند 542 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 530 اوبرى ورو المرجع السابق ص 165 وهامشها . وراجع عكس هذا الرأى الاستاذ السنهورى الوسيط الجزء 3 ص 509 ، وهناك رأى في القضاء الفرنسي يذهب الى أنه لا يكفي أن يعطي المحال له مهلة للمحال عليه للوفاء بالحق المحال به لاسقاط التزام المحيل بضمان اليسار في المستقبل ما عدا اذا اثبت المحيل بأن المحال عليه ، كان موسرا وقت حلول أجل الاستحقاق ، وأن اعساره تم بعد ذلك . (حكم لمحمة اورليون صدر بتاريخ 1891/11/6 منشور بدالوز الدورى 1893 ـ 2 ـ 23 .

(2) السنهورى الوسيط الجزء 3 ص 510 ، بودرى وسينيات المرجع السابق ص 874 و 875 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 530 ، اوبرى ورو المرجع السابق ص 166 ، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) البند 543 ، 544 ، 545 .

(3) راجع اوبرى ورو المرجع السابق ص 167 ، موسوعة دالوز المدنية بند 548 ، وتجدر الملاحظة ان مدة التقادم الطويل هي 15 سنة في القانون الجزائرى والمصرى (308 مدني جزائرى ، 374 مدني مصرى) 10 سنوات في القانون اللبناني (349 موجبات وعقود لبناني) 30 سنة في القانون الفرنسي (2262 مدني فرنسي) .

(4) راجع السنهورى الوسيط الجزء 3 ص 511 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 530 اوبرى ورو المرجع السابق ص 166 بودرى وسينيات المرجع السابق ص 873 .

ثانيا : الضمان الاتفاقي في الحوالة بغير عوض:

كما يجوز الاتفاق في الحوالة بعوض على تعديل أحكام الضمان القانوني كذلك يجوز للمتعاقدين في الحوالة بغير عوض، الاتفاق على تشديد أحكام ضمان الاستحقاق، أو انقاصه، أو اسقاطه نهائيا .

فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على تشديد أحكام الضمان كأن يتفقا مثلا على أن يكون للمحال له، في حالة استحقاق الحق المحال به، الحق في الرجوع على المحيل بتعويض عادل، حتى لو كان المحيل يجهل سبب الاستحقاق، غير أنه لا يجوز أن يتفق المحيل والمحال له على رجوع هذا الاخير على المحيل، حتى لو لم يصب بضرر .

ويجوز للمتعاقدين أن يتفقا على تخفيف أحكام الضمان، كأن يتفقا مثلا على عدم ضمان المحيل للاستحقاق الذى قد يظهر للغير على الحق المحال به والذى كان يجهله المحيل وقت اجراء الحوالة، غير أنه لا يجوز الاتفاق على تخفيف أحكام الضمان القانوني في حالة ما اذا تعمد المحيل اخفاء سبب استحقاق الحق أو احداثه .

وكذلك يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على اسقاط الضمان نهائيا، كأن يشترط المحيل على المحال له عدم رجوعه عليه بدعوى الضمان في حالة ما اذا استحق الحق المحال به لسبب يجهله المحيل، حتى لو تسبب هذا الاستحقاق في الحاق اضرار بالمحال له، فلا رجوع له حينئذ على المحيل (1) .

.../...

---

(1) راجع في كل هذا الاستاذ السنهوري الوسيط الجزء 3 ص514، طه الماقل " عقد الهبة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي " ص196، 197.

المطلــــب الثالـــث

أثـــر الرجـــوع با لضمـــان

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 246 من تقنينه المدني التي تقابلها المادة 310 من التقنين المدني المصري على أنه " اذا رجع المحال لــه بالضمان على المحيل طبقا للمادتين 244 و 245 فلا يلزم المحيل الا برد ما قبضه بالاضافة الى المصاريف ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك" . أمـا المشرع المصري فينص على أنه " اذا رجع المحال له بالضمان على المحيـل طبقا للمادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل الا برد ما استولى عليه من الفوائـد والمصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك " أما المشرع اللبناني فقد نص في المادة 2/284 من تقنين الموجبات والعقود ، قائلا " ... وأن تقتصـر التبعة على قيمة بدل التفرغ ، الا اذا كان هناك تصريح مخالف ". وينص المشرع الفرنسي في المادة 1694 من تقنينه المدني، على انه " لا يسأل ـ اي المحيل ـ عن يسار المدين الا اذا تعهد بذلك وفي حدود ما قبضه ثمنا للحوالة".

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي ، خلافا للتشريعات العربية قد أهمل النص في باب الحوالة على أثر الضمان في حالة ما اذا كان الحق المحال به غير موجود واكتفى بالنص على أثر الضمان في حالة ما اذا كان هناك اتفاق على ضمان يسار المحال عليه ، بينما نجد التشريعات العربية تنص في باب الحوالة على اثـر الضمان في حالة ما اذا كان الحق المحال به غير موجود ، وعلى اثـر الضمان في حالة ما اذا كان هناك اتفاق على ضمان يسار المحال عليـه .

ويتضح لنا من هذه المواد أنه اذا تحقق الضمان ، ورجع المحال له علـى المحيل بدعوى الضمان سواء بناء على أحكام الضمان القانوني ، بسبب عدم وجود الحق المحال به وقت الحوالة ، او بناء على احكام الضمان الاتفاقي ، بسبـب اعسار المحال عليه عندما يتفق المتعاقدان على ضمان يساره ، في القوانين

.../...

العربية ، أو بناء على أحكام الضمان الاتفاق بسبب اعسار المحال عليه عند ما يتفق المتعاقدان على ضمان يساره في القانون الفرنسي ، فلا يلزم المحيل اذا تحقق الضمان ورجع عليه المحال له الا برد ما استولى عليه من دين عوضا للحوالة ، مع المصروفات التي تكبدها المحال له ، وهي تشمل رسوم ابرام العقد ومصاريف اجراءات نفاذ الحوالة في حق الغير ، ومصاريف مطالبة المدين المحال عليه ، وجرد أمواله ، ومقاضاة الغير المتعرض ومصروفات الرجوع بدعوى الضمان على المحيل ، وكذلك الفوائد القانونية من يوم دفع الثمن.[1] غير أنه لا يجوز للمحال له أن يرجع على المحيل بالفوائد القانونية وفقا للقانون الجزائري الذي يحرم الفوائد القانونية بين الافراد[2] ، غير أنه يجوز الاتفاق على تخفيف أحكام الضمان بجعله ، قاصرا على أصل الثمن الذي دفعه المحال له دون الفوائد ، وباقي المصروفات التي تسببت فيها الحوالة ، بل يجوز الاتفاق على عدم رجوع المحال له الا بمبلغ أقل من الثمن الذي دفعه أو بألا يرجع عليه بأي شيء في حالة ما اذا اشترط المحيل لحق متنازع فيه عدم ضمان وجود الحق المحال به[3].

.../...

---

(1) راجع في كل هذا السنهوري الوسيط الجزء 3 ص 515 ، محمود جمال الدين زكي المرجع السابق ص 171 ، سماعيل غانم المرجع السابق ص 363، سليمان مرقس المرجع السابق ص 478، سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص 484 ، شفيق شحاتة المرجع السابق ص 31، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 530 ، أوبرى ورو المرجع السابق ص 166 ، موسوعة دالوز المدنية بند 519 و550، بودرى وسينيات المرجع السابق ص 871 ، وراجع حكما لمحكمة باريس صدر بتاريخ 30 جوان 1953 ومنشور بدالوز الدورى 1954 — 5 — 410

(2) راجع المادة 454 من التقنين المدني الجزائري .

(3) راجع السنهوري الوسيط الجزء 3 ص 516 ، سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص 485 .

ويلاحظ هنا أن المشرع قد خرج عن حكم القواعد العامة ، في نظرية الضمان التي تقضي في حالة اخلال المحيل بالتزامه بالضمان عندما تكون الحوالة بعوض، أن يكون للمحال له الرجوع على المحيل ، بالتعويض عن كافة الاضرار المباشرة التي تلحقه سواء كانت خسارة لحقته ، أو كسبا فاته ، فلم يسمح للمحال له أن يرجع على المحيل بالقيمة الاسمية للحق المحال به ، وقصر الرجوع بالتعويض على الاضرار التي لحقته ، وحرم المحال له من المطالبة بالتعويض عما فاته من ربح . وهذا النص يتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز للافراد الاتفاق على ما يخالفه (1) ، ويختلف المشرع اللبناني عن باقي المشرعين حين اجاز للمتعاقدين الاتفاق على خلاف ذلك فيلتزم المحيل في القانون اللبناني ، ان وجد اتفاق صريح على ذلك ، برد القيمة الاسمية للحق المحال به للمحال له ، في حالة تحقق الضمان (2) . سواء بسبب عدم وجود الحق المحال به أو بسبب اعسار المحال عليه ان كان هناك اتفاق خاص على ضمان يساره .

وقد علل الفقه هذا التشدد الذى أبداه المشرع ، بأنه قصد به قطع السبيل على المرابين الذين يستغلون حاجة الناس فيشترون حقوقهم بابخس الاثمان ، ثم يكفلون لأنفسهم حق الرجوع بها كاملة عليهم اذا لم يستوفوها من المحال عليه ، ولهذا يجب أن يتحمل المحال له الغنم والغرم ، لأن الحوالة تنطوي على معنى المضاربة (3) .

.../...

(1) راجع سليمان مرقس المرجع السابق ص785 ، جمال الدين زكي المرجع السابق ص 171 ، اسماعيل غانم المرجع السابق ص368 ، مصطفى الزرقاء المرجع السابق ص307 ، سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص385 ، السنهوري الوسيط الجزء3 ص516 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص529 ، أوبري ورو المرجع السابق ص519 ، ويذهب الاستاذان بودري وسينات في مرجعهما السابق ص871 الى 872 الى أنه يجوز أن يلتزم المحيل باتفاق صريح مع المحال له أن يرد القيمة الاسمية للحق المحال به اذا التزم بضمان يسار المحال عليه وتبين اعساره فيما بعد ، أو اذا التزم بالوفاء بدلا منه في حالة رفضه الوفاء .

(2) راجع شفيق شحاتة المرجع السابق ص29 ، صبحي المحمصاني المرجع السابق ص29 .

(3) راجع مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجزء 3 ص126 وشفيق شحاتة المرجع السابق ص 31 السنهوري الوسيط الجزء 3 ص517 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص529 .

واعتقد أنه لايمكن التسليم بهذا التحليل جملة ،وتفصيلا ، لأن التسليم بــه يؤدى الى شل الحياة الاقتصادية ،لأن كل المعاملات بعوض تنطوى على هدف تحقيق الربح مهما كانت قيمته ، واعتقد أن هذا التحليل يصدق فقط على حالة حوالة الحقوق المتنازع فيها ، وقد نظم المشرع مدى الرجوع في هذا النوع من الحقوق وبالتالي فلا داعي لترديد ما سبق أن حسم أمره ، وأعتقد أن ما ذهب اليه المشرع اللبناني هو عيـــن الصواب .

واذا تحقق الضمان لعدم وجود الحق المحال به في القانون الفرنسي ،كان للمحال له الذى استحق الحق المحال به تحت يده أن يرجع بدعوى الضمان على المحيل لكن بماذا يطالبه ؟ لقد أحال المشرع الفرنسي ضمنا بسكوته ، على أحكام القواعــد العامة لنظرية الضمان ، التي تبين الاسس التي يتم على ضوئها تقدير التعويض الــذى يجب للمحال له في حالة الاستحقاق الكلي للحق المحال به ــ عدم وجود الحق ــ الذى يترتب عن الحكم للغير بحقه في كل ما تلقاه المحال له من المحيل بموجب عقد الحوالة.(1)

ووفقا للمبدأ الذى أقرته المادة 1630 من التقنين المدني الفرنسي ، فــان المحيل ملزم بتعويض المحال له تعويضا كاملا فهي تنص على أنه " اذا كان هناك وعد بالضمان ، أو لم يشترط أى شيء في هذا الشأن فالمشترى الذى نزعت منه الملكيــة ، يحق له أن يطالب البائع :ــ

1) برد الثمــن .

2) بقيمة الثمار اذا كان ملزما بردها الى المالك المستحق .

3) بالمصاريف التي بذلها المشترى في الرجوع بدعوى الضمان ، وتلك التي تكبدها في دفع مطالبة المالك الحقيقي .

4) بدفع التعويض والفوائد ، ومصاريف العقد والرسوم القانونية ".(2)

.../...

---

(1) راجع بلانيول وريبير المرجع السابق 528 ،بودرى وسينات المرجع السابق ص861 ، موسوعة دالوز بند 475 .

(2) نص المادة 1630 من التقنين المدني الفرنسي باللغة الفرنسية :ــ

Art 1630./ Lorsque la garantie à été promise, ou qu il n'a rien été stipulé à ce sujet, si l'acquéreur est évincé, il a droit de demander cont le vendeur:

اذن فوفقا لهذه المادة ، اذا تبين أن الحق المحال به غير موجود وقت الحوالة تحقق الضمان ، ورجع المحال له على المحيل الذى يلتزم برد ثمن الحوالة الذى قبضه وبالاضافة الى رد الثمن يلتزم المحيل بدفع الفوائد القانونية من يوم الاعذار او من يوم دفع الثمن حسب الظروف (1) • كما يجب عليه ان يعوض المحال له عن المصاريف التي تكبدها ، كرسوم ابرام العقد ، ومصاريف الدعوى التي بذلها المحال له بدون فائدة في مطالبة المدين المحال عليه ، وجرد امواله ، أو مقاضاة الغير المتعرض ، ومصاريف الرجوع بدعوى الضمان على المحيل ، وحتى يكون التعويض كاملا يقع على المحيل أن يعوض المحال له عما فاته من كسب ، فاذا كانت الحوالة قد تمت بثمن أقل من القيمة الاسمية للحق المحال به ، فان الفرق بين القيمة الاسمية للحق ، والثمن الذى تمت به الحوالة يمثل الربح الذى كان المحال له ينتظر الحصول عليه ، ولهذا يكون من حقه ان يطالب به (2) •

أما اذا كان الحق المحال به غير موجود في جزء منه فقط ، فليس للمحال له أن يطلب فسخ العقد الا اذا كان النقص جسيما بحيث لو علم به المحال له لما كان قد اشترى الحق ، أما اذا كان النقص لا يصل الى هذا الحد ، فيجب الابقاء على الحوالة مع استرداد جزء من الثمن بقدر النقص ، هذا اذا لم يكن هناك اتفاق بين المتعاقدين على خلاف ذلك (3) •

.../...

---

(1) راجع المواد التالية 1153 ، و 1378 مدني فرنسي •

(2) راجع بلانيول وريبير المرجع السابق ص528 ، بودرى وسينات المرجع السابق ص862 ، 863 ، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 576 ، 577
وراجع عكس هذا الرأى أوبرى ورو المرجع السابق ص164 •

(3) راجع المادة 1636 مدني فرنسي •

1° LA restitution du Prix;
2° Celle des fruits, lorsqu'il est obligé de les rendre au propriétaire qui l'evince;
3° Les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur, et ceux faits par le demandeur originaire ;
4° Enfin les dommages et intérêts, ainsi que les frais et loyeux coûts du contrat.

وأعتقد أن الصواب هو ما ذهب اليه المشرع الفرنسي ، وكان الاجدر بالمشرع العربي أن يقتدى به ، في هذا المضمار بالذات ،لأن المشرع العربي بموقفه هذا يكون قد فتح الباب على مصراعيه للنصابين والمحتالين ،وسمح لهم بتحويل حقوق لا وجود لها الا في خيالهم ، وان فعلوا ذلك أفلتوا من الجزاء ، لأن المشرع لم يلزمهم الا برد المبلغ الذى قبضوه ثمنا للحوالة ، ومنع الاتفاق على خلاف ذلك مثل ما فعل المشرع اللبناني كما سبق أن أشرت اليه •

واذا كان اعسار المحال عليه اعسارا كليا فلا يثير أى مشكل ، ذلك أن المشرع قد نص صراحة على أنه اذا ضمن المحيل يسار المحال عليه ، وتبين اعساره ، فان المحال لـه لا يمكنه أن يرجع على المحيل الا بما دفعه ثمنا للحوالة بالاضافة الى الفوائد فيما عدا المشرع الجزائرى الذى يحرمها بين الافراد ، كما سبق ان اشرت الى ذلك مرارا ، والمصاريف التي تسببت فيها الحوالة ، غير ان المشكل يطرح في حالة ما اذا كان المحال عليه معسرا اعسارا جزئيا ، ولم يتمكن المحال له الا من استيفاء جزء من حقه • مثلا لو فرضنا أن القيمة الاسمية للحق المحال به مئة (100) دينار جزائرى ، وأن المحال له كان قد دفع ثمنا له ثمانين دينارا جزائريا ، لكنه لم يستوف الا خمسين دينارا بسبب اعسار المحال عليه اعسارا جزئيا ، فما هو المقدار الذى يرجع به على المحيل ؟ لقد اختلفت الاراء حول الحلول المقدمة في هذا الشأن (1) • غير أن الرأى السائد في الاوساط الفقهية هو الذى يذهب الى التمييز بين اعسار المحال عليه اعسارا كليا ، واعساره اعسارا جزئيا ويرتب على ذلك أن الضرر الذى يصيب المحال له من جراء الاعسار الجزئي ،أقل من الضرر الذى يصيبه من جراء الاعسار الكلي ،ذلك أن المحال له في حالة اعسار المدين اعسارا كليا يسترد من المحيل ما دفعه له ثمنا للحوالة وهو ثمانون (80) دينارا ، أما في حالة اعسار المحال عليه اعسارا جزئيا ،فيكون من العدل أن يسترد

.../...

(1) وهناك رأيان آخران يذهب الرأى الاول الى ان للمحال له أن يرجع في هذه الحالة على المحيل بخمسين دينارا لان المحيل ملزم في حالة تحقق الضمان أن يرد للمحال لم كل خسارته اذا لم تكن تزيد عن ثمانين دينارا قبضها المحيل ثمنا للحوالة ، وهذا الرأى يخالف ما يقضي به المشرع من أن المحال له لا يسترد أكثر مما دفعه عند تحقق الضمان • أما الرأى الثاني فيذهب الى ان للمحال له في هذه الحالة أن يرجع على المحيل بثلاثين دينارا لانه لا يجوز له أن يسترد في حالة تحقق الضمان ،أكثر مما دفعه •

من المحيل جزءا يتناسب مع الجزء الباقي من حقه ، يعادل النسبة ما بين الثمن الذى دفعه للحوالة ، والقيمة الاسمية للحق المحال به • وما دام المحال له قد اشترى الحق المحال به بثمانين (80) دينارا ، وهو ما يساوى أربعة أخماس $\frac{4}{5}$ القيمة الاسمية للحق ، فيكون له عندئذ أن يرجع على المحيل بنفس هذه النسبة فيما تبقى لـه من حق لم يتمكن من استيفائه من المحال عليه بسبب اعساره ، وتكون أربعة أخماس $\frac{4}{5}$ الخمسين (50) دينارا المتبقية هي اربعين (40) دينارا فيكون اذن للمحال له أن يرجع على المحيل بأربعين (40) دينارا (1) •

واذا كان الحق الواحد محل حوالات متتالية ، تمت بشرط ضمان يسار المحال عليه ، وكانت هذه الحوالات المتتالية قد تمت باثمان مختلفة ، سواء كانت بثمن أقل ، أو أكثر من الثمن الذى دفعه المحال له للمحيل الاصلي • فبماذا يرجع المحال له الاخير اذا تحقق الضمان ؟ فمثلا لو فرضنا أن المحيل قد قبض ثمنا للحوالة ثمانين (80) دينارا ، ثم حول المحال له نفس الحق وقبض ثمنا له سبعين (70) دينارا ، في هذه الحالة يجوز للمحال له الاخير أن يرجع بالضمان اما على محيله المباشر ، أو على محيل محيله ، فان رجع على محيله المباشر ، أو على محيل محيله ، فانه لا يجوز له ان يسترد الا ما دفعه هو ثمنا للحوالة وهو سبعون (70) دينارا ، أما لو فرضنا أن المحال له الاخير قد اشترى نفس الحق بتسعين (90) دينارا ، فان رجع على محيله المباشر استرد ما دفعه وهو تسعون (90) دينارا ، لكن اذا حدث أن رجع على محيل محيله فانه لا يسترد منه الا ثمانين دينارا ، ذلك أن المحيل لا يلزم الا برد ما استولى عليه ،

•••/•••

---

(1) راجع على الخصوص السنهوري الوسيط الجزء 3 ص 519 ، وراجع عكس هذا الرأى بودرى وسينات المرجع السابق ص 871 وما بعدها ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 531 وهامشها •

وهو لم يقبض من المحال له الأول الا ثمانين (80) دينارا ثمنا للحوالة الأولى (1).

كل هذا في الحوالة بعوض، أما في الحوالة بدون عوض، فان تحقق الضمان ورجع المحال له على المحيل بدعوى الضمان ، ففي هذه الحالة يكون المحيل متبرعا فعلا يعامل طبقا للقواعد العامة، ولا يكون مسؤولا عن تعويض الضرر المتوقع، والضرر غير المتوقع ، الذى يصيب المحال له من جراء تعمد المحيل اخفاء سبب الاستحقاق بل يقتصر حق المحال له في الرجوع على المحيل بتعويض عادل يقدره القاضي حسب الظروف الملابسة (2).

أما فيما يتعلق بضمان المحيل لأفعاله الشخصية فلا تطبق القواعد القانونية السالفة الذكر ، والتي تحدد مدى رجوع المحال له على المحيل بدعوى الضمان. ذلك لأن حكم هذه المواد قاصر على رجوع المحال له بدعوى الضمان على المحيل ، سواء بسبب عدم وجود الحق المحال به وقت الحوالة أو بسبب اعسار المحال عليه ان كان هناك اتفاق خاص على ضمان يساره ، أما اذا تحقق ضمان المحيل عن أفعاله الشخصية فان للمحال له أن يرجع عليه بدعوى التعويض الكامل وفقا للقواعد التي تقضي بالتعويض الكامل واسترداد المحال له للثمن الذى دفعه مقابلا للحوالة، مع المطالبة بفوائد هذا الثمن من يوم دفعه أو من يوم اعذار المحيل ، بالاضافة الى المصاريف التي تكبدها المحال له كرسوم ابرام العقد ، ومصروفات اجراءات نفاذ الحوالة ، ومصاريف مطالبة المحال عليه وجرد أمواله ، ومقاضاة الغير المتعرض ، ومصروفات الرجوع بدعوى الضمان على المحيل ، وكذلك مافات المحال له من كسب (3).

والجدير بالملاحظة هو أن مسؤولية المحيل عن افعاله الشخصية مصدرها العقد (4).

.../...

---

(1) راجع السنهوري الوسيط الجزء 3 ص520 بودرى وسينات المرجع السابق ص 877.

(2) راجع السنهوري المرجع السابق ص520 ، طه الماقل عقد الهبة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ص195.

(3) راجع محمود جمال الدين زكي المرجع السابق ص171 ، السنهوري المرجع المذكور اعلاه ص515 ، سليمان مرقس المرجع السابق ص785 ، شفيق شحاتة المرجع السابق ص32.

(4) راجع جمال الدين زكي المرجع السابق ص 171 ، وقارن السنهوري المرجع أعلاه ص515 -

الفصـــل الثانـــي

علاقة المحال له بالمحال عليـــه

لقد سبق القول ، بأنه متى انعقدت الحوالة صحيحة ، رتبت كل أثارها القانونية فيمابين عاقديها ، غير أن أثارها لاتنصرف الى الغير ، بما فيهم المديـــن المحال عليه ، الا بعد أن تصبح الحوالة نافذة ، باعلانها ، أو بقبولها ، ضمـــن الشروط والأوضاع التي رسمها المشرع سلفا . اذن فخلال الفترة الفاصلة بيـــن انعقاد الحوالة ، ونفاذها ، يظل المحيل بالنسبة للغير هو المالك الحقيقي للحق المحال به ، ويكون له وحده أن يتخذ ما يراه مناسبا من الاجراءات القانونيـــة الضرورية للمحافظة على حقه وصيانته ، أما المحال له فليس له في الأصل أن يقـوم بأى عمل ، سواء كان عملا تنفيذيا أو كان عملا تحفظيا ، وذلك لعدم تمتعه بالصفة القانونية اللازمة لممارسة هذه الأعمال ، اذ لا يوجد بين المحال له والمحال عليـه قبل نفاذ الحوالة أية علاقة قانونية ، وكل ما في الأمـر هو أن هناك احتمالا كبيـرا لارتباطهما بعلاقة دائنية في المستقبل ، وأن هذه العلاقة لازالت معلقة على شروط لم يتحـــقق وجودها بعد .

وقد خرج المشرع على الأصل العام ، وسمح بأن يرتب على هذه العلاقة المستقبلة التي لم تكتمل عناصر وجودها بعد ، بعض الأثار القانونية المحدودة ، حتى يتمكن المحال له من المحافظة على حقوقه ، وصيانتها من نتائج تقصير المحيل واهماله في حمايتها .

أما بعد استيفاء المحال له للاجراءات القانونية اللازمة لجعل الحوالة نافذة في حق المدين المحال عليه ، سواء باعلانه بها ، أو بقبوله لها ضمـــن الشروط ، والاوضاع التي نص عليها القانون ، فتكتمل حينئذ عناصر وجود علاقة قانونية بين المحال له والمحال عليه ، ويرتبطان بعلاقة دائنية كاملة بكل ما يترتب عليهمـا من أثار ، فيصبح عندئذ من حق المحال له أن يطالب المحال عليه ، بكل الحـــق المحال به ، وبملحقاته ، في الحدود التي كان فيها للمحيل أن يطالب بذلـــك ، ويصبح من حقه هو وحده أن يجرى كل الأعمال الضرورية سواء كانت تحفظيـــة

../..

أو تنفيذية ، أما المحال عليه فلا يكون ملتزما الا في الحدود التي كان ملتزما بهـا في مواجهة المحيل ، ويكون له أن يتمسك في مواجهة المحال له بكل الدفوع التي كان يمكنه أن يدفع بها مطالبة المحيل قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حقه .

ولهذا فـأدرس هذا الفصل في مبحثين ، أتنـاول في المبحث الأول علاقة المحال له بالمحال عليه ، قبل صيرورة الحوالة نافذة ، أما المبحث الثانـي فأخصصـه لدراسة علاقـة المحال له بالمحال عليه بعد أن تصبح الحوالـة نافـذة .

المبحث الأول

علاقة المحال له بالمحال عليه قبل نفاذ الحوالة

أولا : الاعمال التنفيذية : من المتفق عليه ، أن المحال له لا يجوز له القيام بالاعمال التنفيذية قبل أن تصبح حوالته نافذة ، سواء باعلانها للمدين المحال عليه ، أو بقبوله لها [1] . ذلك أنه يشترط في طالب التنفيذ أن تثبت له صفة الدائن وقت طلب التنفيذ ، والمحال له لا يتمتع بهذه الصفة بالنظر الى المحال عليه الا من الوقت الذى تصبح فيه حوالته نافذة [2] . ولهذا يمتنع على المحال له خلال الفترة الفاصلة بين انعقاد الحوالة ، ونفاذها ، القيام بأى عمل تنفيذى ، وان هو فعل كان عمله عديم الفائدة ولا يترتب عليه أى أثر بسبب مخالفته للقانون [3] . فلا يجوز للمحال له مثلا قبل أن يستوفي اجراءات نفاذ الحوالة ، أن يتخذ اجراءات التنفيذ ضد المحال عليه ، أو أن يطلب فسخ العقد المنتج للحق المحال به ، فان هو فعل ذلك كان للمحال عليه أن يدفع مطالبته بعدم تمتعه بالصفة القانونية التي تخوله القيام بمثل هذه الأعمال التنفيذية كذلك لا يجوز للمحال له الذى لم يعلن حوالته بعد ، أن يتدخل في الخصومة المرفوعة بين المحيل ، والمحال عليه حول الحق المحال به ، كما أنه لا يجوز له أن يطعن بالنقض في الحكم الصادر في شأن هذه الخصومة مادام لم يستوف اجراءات نفاذ الحوالة بعد ، كذلك فان المحال له بحق مضمون برهن ، الذى لم يعلن حوالته قبل أن يتنازل المحيل عن هذا الرهن ، أو لم يشطبه برضاه ، لا يجوز له أن يتمسك بالرهن المتنازل عنه أو المشطوب ولا أن يتمسك بمرتبة هذا الرهن في مواجهة الدائنين المرتهنين التالين في المرتبة [4] .

../..

(1) راجع موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) البند 590 ، زهدى يكن شرح قانون الموجبات والعقود الجزء 6 ص 83 .

(2) محمد حسنين طرق التنفيذ في قانون الاجراءات المدنية الجزائرى ص 12 ، حسن علام موجز القانون القضائي الجزائرى الجزء 2 ص 55 ومابعدها .

(3) راجع المادة 459 اجراءات مدنية جزائرى .

(4) راجع موسوع دالوز المدنية (باب حوالة) بند 591 ومابعده ، والأحكام القضائية المشار اليها في هذه البنود .

ثانيا : الاجراءات التحفظيــة : الاجراءات التحفظية هي اجراءات تتخذ للمحافظة على محل التنفيذ كلما كان مهددا بالضياع بسبب عدم امكان اجبار المدين المحال عليه على الوفاء فورا نظرا لعدم اكتمال الشروط الشكلية ، أو الموضوعية للحق في التنفيذ (1).

اذن فالاجراءات التحفظية ، هي اجراءات وقائية ، لا تستهدف التنفيذ على أموال المحال عليه وانما تستهدف فقط المحافظة على محل التنفيذ ، وازالة كل التباس أو غموض حوله ، ولم يكتف المشرعان الجزائرى ، والمصرى بحكم القواعد العامة في هـذا الشأن ، بل أوردا نصوصا صريحة في باب الحوالة تجيز للمحال له أن يلتجئ للاجراءات التحفظية عند الضرورة ، قبل أن تصبح حوالته نافذة في حق المحال عليه ، وذلك حتى يتجنب نتائج اهمال المحيل ، وتقصيره في المحافظة على حقوقه التي تمت حوالتهـا ، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 242 من تقنينه المدني التي تقابلها ، وتطابقها المادة 306 من التقنين المدني المصرى ، على أنه : " يجوز للدائن المحال لــه قبل اعلان الحوالة ، أوقبولها أن يتخذ كل الاجراءات التحفظية ليحافظ بها على الحق المنتقــل اليــه " (2).

ويلاحظ أنه لا مقابل لمثل هذه النصوص في التقنين المدني الفرنسي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، غير أن الفقه والقضاء في هذين البلدين يذهبان الى أن القواعد العامة كفيلة بتطبيق حكم هذه النصوص التي أوردها المشرعان الجزائرى والمصرى في كل من فرنسا ولبنان (3). وهكذا يمكنني القول بأن كل هذه التشريعات ، سواء بايرادها لنصوص خاصة في باب الحوالة ، أو وفقا للاحكام التي قررتها القواعد العامة ، تتفق على أن للمحال له قبل أن تصبح الحوالة نافذة ، أن يتخذ كــل الاجراءات الضرورية للمحافظة على حقوقــه .

../..

---

(1) حسن علام المرجع السابق ص 79 .

(2) نص المادة 306 من التقنين المدني المصرى : " يجوز قبل اعلان الحوالة أو قبول أن يتخذ الدائن المحال له من الاجراءات مايحافظ به على الحق الذى انتقل اليه " .

(3) راجع صبحي المحمصاني انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص 35 ، مارتي ورينو المرجع السابق ص 819 .

اذن فللمحال له بعد صدور الحوالة ، وقبل صيرورتها نافذة ، أن يتخذ الاجراءات القانونية اللازمة لقطع التقادم[1]. اذا كانت مدته القانونية على وشك الاكتمال ، فيعمد المحال له مثلا الى مطالبة المحال عليه ، مطالبة قضائية بالحق المحال به ، ذلك أن المطالبة القضائية تقطع التقادم فورا ، وتجعل الحوالة نافذة في حق المحال عليه ، وليس اجراء قطع التقادم الا اجراء تحفظيا ، يستطيع المحال له القيام به قبل اعلان الحوالة ، أو قبولها ، كما يستطيع أن يقوم به بعد ذلك[2].

ويجوز للمحال له كذلك أن يوقع حجز تحفظيا تحت يد مدين المحال عليه ، فيشل سلطة المحجوز عليه بالنسبة للمال المحجوز ، الذى يبقى في متناول الحاجز ليحصل على حقه عن طريق هذا الحجز وما يتلوه من الاجراءات ، وعلى المحال له أن يتابع اجراءات هذا الحجز حتى يصل الى الحصول على حكم قضائي بصحة هذا الحجز التحفظي في ميعاده القانوني[3]. غير أنه لا يستطيع أن يجعله حجزا تنفيذيا الا بعد أن يستوفي الاجراءات اللازمة لجعل الحوالة نافذة سواء باعلان المحال عليه أو بقبوله لها[4].

ويجوز للمحال له كذلك أن يبادر بمجرد انعقاد الحوالة الى قيد التأمين الضامن للحق المحال به سواء كان رهنا ، أو حق امتياز أو حق اختصاص ، وكذلك له أن يبادر الى تجديد هذا القيد باسمه هو ، لا باسم المحيل[5].

../..

---

(1) راجع المواد التالية: 317، 318 مدني جزائرى، 383 ، 384 مدني مصرى 2248-، 2249 ، 2250 مدني فرنسي ، 357، 358 عقود وموجبات لبناني .

(2) راجع السنهورى الوسيط الجزء 3 ص523، جمال الدين زكي المرجع السابق ص172، اسماعيل غانم المرجع السابق ص364 ، سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص 486 ، بودرى وسينات المرجع السابق ص884 ، موسوعة دالوز المدنية -(باب حوالة الحق) بند 599 .

(3) راجع المادة 350 من قانون الاجراءات المدنية الجزائرى .

(4) راجع السنهورى، الوسيط-الجزء 3 ص524 ، جمال الدين زكي المرجع السابق ص172، سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص486- ، اسماعيل غانم المرجع السابق ص364، مصطفى الزرقاء المرجع السابق ص310 ، بودرى وسينات المرجع السابق ص884 ، أوبرى ورو المرجع السابق ص154 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص520، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) البند 598 .
ويلاحظ أن الحجز التحفظي يصير حجزا تنفيذيا بتأشير القاضي بذيل محضر الحجز التحفظي في الجزائر ، أما في مصر فترفع دعوى صحة الحجز للحصول على سند تنفيذى للحجز ، أما في فرنسا فيجب رفع دعوى صحة الحجز ولو كان بيد الحاجز سند تنفيذى (راجع للتوسع محمد حسنين طرق التنفيذ في قانون الاجراءات المدنية ص154) .

(5) راجع بودرى وسينات المرجع السابق ص885، بلانيول وريبير المرجع السابق ص521، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 597 ، 600، أوبرى ورو المرجع السابق 155، السنهورى المرجع السابق ص523 .

فكل هذه الاجراءات ماهي الاجراءات تحفظية ، أجاز المشرع للمحال له أن يتخذ ماقبل أن تصبح حوالته نافذة ، ان هو خشي ضياع حقوقه ، وأعتقد أن هذا حل عادل يمكن المحال له من تجنب نتائج اهمال المحيل وتقصيره .(1)

ثالثا : امتناع المحال عليه عن الاضرار بحقوق المحال له : وقد سبق أن تعرضت لهذه النقطة في باب نفاذ الحوالة ، ولتجنب التكرار أقتصر على التذكير بالخطوط العريضة فقط . فأقول بأنه قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير بما فيهم المحال عليه . ضمن الشروط ، والأوضاع القانونية التي فرضها المشرع ، فان المحال عليه يبقى مدينا بالحق المحال به للمحيل . في نظر كل الأشخاص الذين يعتبرون غيرا في باب الحوالة . فيكون للمحال عليه أن يوفي بالدين الموجود في ذمته لدائنه الأصلي ـ المحيل ـ ويكون وفاؤه صحيحا ومبرئا لذمته ، وللمحال عليه كذلك أن يقضيه معه بأي سبب من أسباب الانقضاء ، كالمقاصة ، والتجديد ، والابراء ، وله كذلك أن يقبل أية حوالة أخرى صدرت بعد الحوالة الأولى ، وان يفي بالحق المحال به للمحال له الثاني الذي سبق الى العمل بمقتضى القانون والذي يصبح الدائن الوحيد في نظر المحال عليه بالحق المحال به .

لكن رغم عدم صيرورة الحوالة نافذة في حق المحال عليه وفقا لما اشترطه المشرع ، فان المحال عليه متى علم بالحوالة وجب عليه أن يمتنع عن كل عمل يكون من شأنه الاضرار بحقوق المحال له وتعين عليه الوفاء بالحق المحال به للمحال له دون المحيل وكذلك ليس له أن يقبل أية حوالة أخرى تقدم اليه للقبول ، وليس له أن يفي للمحال له الثاني وان هو فعل شيئا من هذا أو ذاك ، وثبت غشه ، وتواطؤه مع المحيل أو المحال له الثاني كان وفاؤه باطلا ، والتزم بالوفاء مرة ثانية للمحال له الأول تطبيقا للقاعدة القاضية بأن من يسيء الوفاء يفي مرتين

وذلك أن الوفاء للمحال له الثاني أو للمحيل قد بني على غش والغش يبطل كل التصرفات التي تبنى عليه .

../..

---

(1) وقد شبه المحال له قبل اعلان الحوالة أو قبولها بالدائن تحت شرط واقف قبل تحقق الشرط فكل منهما يجوز له اتخاذ الاجراءات التحفظية ، (راجع السنهوري المرجع السابق ص 524 ، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 596 .

ومتى علم المحال عليه بالحوالة جاز له الوفاء للمحال له ، ويكون هذا الوفاء صحيحا ومبرئا لذمته وقيامه بالوفاء للمحال له يعتبر بمثابة قبول ضمني للحوالة يجعلها نافذة في حقه .

المبحث الثاني

علاقة المحال له بالمحال عليه بعد نفاذ الحوالة

متى صارت الحوالة ، نافذة في حق الغير وحجة عليهم ، سواء باعلانها للمدين المحال عليه ، أو بقبوله لها ، حل المحال له محل المحيل ، وأصبح دائنا بذات الحق الذي كان للمحيل في ذمة المحال عليه وقت النفاذ ، الا ينتقل الى المحال له من الحقوق أكثر مما كان للمحيل في ذمة المحال عليه ، وقت نفاذ الحوالة ، ويترتب على ذلك أن المحال عليه لا يكون ملتزما أمام المحال له ، الا بالقدر ، وفي الحدود التي كان يلتزم فيها أمام المحيل . فيكون للمحال عليه أن يتمسك ضد المحال له بكل الدفوع التي كان له أن يتمسك بها ضد المحيل قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حقه .

<u>أولا : حلول المحال له محل المحيل</u> : اذا كان الحق المحال به ، ينتقل في العلاقة بين المحيل والمحال له منذ لحظة انعقاد الحوالة ، فان الأمر ليس كذلك في مواجهة الغير ، بما فيهم المدين المحال عليه ، اذ أن المشرع قد أخر انتقال الحق المحال به في العلاقة بين المحال له ، والمحال عليه ، بحيث لا يصبح الأول دائنا للثاني ، رغم انعقاد الحوالة صحيحة الا من الوقت الذى تصبح فيه الحوالة نافذة ، في حق الغير ، وحجة عليهم ، سواء باعلان المحال عليه بها ، أو بقبوله لها ، أما خلال الفترة الفاصلة بين انعقاد الحوالة وصيرورتها نافذة ، فانها تعتبر عديمة الوجود بالنسبة للمحال عليه ، والحق الذى يشغل ذمته يعتبر كأنه لم ينتقل الى دائن جديد ، وأن دائنه الأصلي لم يتغير بعد ، فيكون للمحال عليه أن يتعامل معه ، في شأن هذا الحق .

../..

اذن فالمحال له لا يعتبر مالكا للحق المحال به في نظر الكافة وفي مقد متهم المدين المحال عليه ، الا من يوم استيفاء الاجراءات اللازمة لجعل حوالته نافذة في حق المدين المحال عليه ، واعتبارا من هذا الوقت ، لا يكون للمحال عليه الا دائن واحد ، هو الدائن الجديد ـ المحال له ـ الذى يصبح من حقه وحده أن يطالبه بكل الحق المحال به ، الذى حل فيه محل المحيل ، اذ أن الحق الذى ينتقل الى المحال له هو نفس الحق الذى كان للمحيل في ذمة المحال عليه ، بكل صفاته وتوابعه ، وضماناته ، ومنذ أستيفاء اجراءات النفاذ ، التي لا يكون لها أثر رجعي ، يصبح المحال عليه ملزما بوفاء الحق المحال به للمحال له ، بالشروط . والأوضاع التي كان عليه أن يفي بها للمحيل ـ شروط الوفاء ، شروط مدة الوفاء ، مكان الوفاء ... الخ ومنذ أن تصبح الحوالة نافذة في حق المحال عليه ، يجب عليه أن يمتنع عن التعامل في شأن الحق المحال به مع المحيل ، فان هو فعل ، وقام بالوفاء له ، أو قضاه معه بأى سبب من أسباب الانقضاء ، فلا تبرأ ذمته ، ويكون للمحال له أن يستوفيه منه مرة ثانية ، ولن يكون امام المحال عليه عندئذ الا الرجوع على المحيل بدعوى استرداد ما دفعه له بدون وجه حق (1) .

ويجوز للمحال له كذلك بعد أن تصبح الحوالة نافذة ، أن يتخذ من الاجراءات القضائية ، ما يراه ضرورة بالحماية الحق الذى انتقل اليه ، فيكون له أن يرفع دعوى ضد المحال عليه باسمه هو ، لمطالبته بالحق المحال به (2) . وله كذلك أن يطلب ادخال المحيل بصفته ضامنا ، في الدعوى المرفوعة على المحال عليه (3) . وللمحال له أن يتدخل في الدعوى المرفوعة في شأن الحق المحال به بين المحيل والمحال عليه في أية حالة كنت عليها الدعوى (4) . وللمحال له كذلك الحق في التنفيذ على المحال عليه باسمه ، ولو كانت الحوالة في ورقة عرفية مادام الحق المحال به ، قد استوفى الشروط القانونية ليكون قابلا للتنفيذ (5) . كذلك فان المحال له يستفيد من الطلبات التي وجهها

../..

---

(1) راجع في كل هذا الفصل الأول من هذا الباب .
(2) راجع حكم لمحكمة مصر صدر بتاريخ 11 أفريل 1926 منشور بالمجموعة الرسمية 28 ص 169
(3) راجع حكم استئناف مصر صدر بتاريخ 25 جويلية 1925 منشور بمجلة المحاماة 6 ص 855
(4) راجع استئناف مصر بتاريخ 2 أفريل 1930 منشور بمجلة المحاماة 10 ص 717
(5) راجع حكم لمحكمة مصر مستعجل صدر بتاريخ 9 ديسمبر 1939 منشور بمجلة المحاماة 20 ص 663 .

المحيل الى المحال عليه ، ذلك لأن الطلبات الموجهة من المحيل في الدعوى الابتدائية تعتبر قائمة أمام محكمة الاستئناف (1). كما أن المحال له يستفيد من الاستئناف المرفوع من المحيل ، لأن هذا الأخير يعتبر وكيلا عن المحال له في مواجهة دفاع المحال عليه (2)، كما يجوز للمحال له أن يرفع استئنافا عن الحكم الذي صدر ضد المحيل (3).

وتجدر ملاحظة أن خلافة المحال له للمحيل في علاقته مع المحال عليه لا تكون بالضرورة متطابقة تماما إذ أن هذه العلاقة قد تتأثر بالصفات اللصيقة بشخصية المحيل ، أو المحال له فلو كان المحيل راشدا ، وكان المحال له قاصرا، فان الصفة الخاصة بالمحال له تقطع سريان مدة التقادم لمصلحته ، واذا كان المحيل هو القاصر ، والمحال له هو الراشد فان مدة التقادم التي كانت موقوفة السريان بسبب قصر المحيل تبدأ في السريان بمجرد أن يصبح الحق المحال به ملكا للمحال له بعد استيفاء اجراءات النفاذ (4)، ولا يستطيع المحال له أن يتمسك بوقف التقادم ذلك لأن وقف التقادم ليس وصفا من الأوصاف التي تلحق الدين ، والدين الذي أصبح من حق المحال له غير القاصر لم تتغير أوصافه (5).

ثانيا : الدفوع التي يكون للمحال عليه أن يتمسك بها ضد المحال له :

لقد سبق أن قلت ان المحال له يحل محل المحيل في الحق، الذي يكون لهذا الأخير في ذمة المحال عليه ، ولهذا فان مطالبة المحال له للمحال عليه بالحق المحال به ، تتأثر بالدفوع التي كان يمكن لهذا الأخير أن يتمسك بها ضد المحيل ، وقت صيرورة الحوالة نافذة ، ذلك أن المحال له لا يكتسب من الحقوق أكثر مما كان يملك المحيل ، ولهذا فلا تصبح ذمة المحال عليه بعد الحوالة مشغولة بأكثر مما كانت مشغولة به قبل الحوالة ، أو بأقل مما كانت مشغولة به ، اذ أن المحال عليه لا يصبح ملتزما أمام المحال له الا بالقدر وفي الحدود التي كان ملتزما بها أمام المحيل .

../..

(1) راجع حكم لمحكمة استئناف مصر صدر بتاريخ 19 فبراير 1930 المحاماة 10 ص 590
(2) راجع حكم استئناف مختلط صدر بتاريخ 24 نوفمبر 1910 منشور بالمحاماة 23 ص 47 .
(3) راجع استئناف مختلط 26 أبريل 1905 المنشور في مجلة المحاماة 13 ص 230.
(راجع في كل هذه الاحكام الاستاذ السنهوري الوسيط الجزء 3 هامش ص 528) .
(4) راجع السنهوري الوسيط الجزء 3 ص 529 ، أوبري ورو المرجع السابق ص 160 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 514 ، 515 ، بودري وسينات المرجع السابق ص 879 ، مارتي ورينو المرجع السابق ص 814 ، شفيق شحاته المرجع السابق ص 42 ؛
(5) راجع شفيق شحاتة المرجع السابق ص 42 .

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الحكم في المادة 248 ، من تقنينه المدني ، التي تقابلها ، وتطابقها المادة 312 من التقنين المدني المصري التي تقول : " يتمسك المدين قبل المحال له ، بالدفوع التي يعترض قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة "(1) أما المشرع اللبناني فقد نص في المادة 285/ 2 من تقنين الموجبات والعقود قائلا : " فيحق اذا للمديون أن يدلي تجاه المتفرغ له بأسباب الدفع والدفاع التي كان يحق له أن يدلي بها تجاه المتفرغ " .

والملاحظ أنه لا يوجد نص في التشريع الفرنسي يقابل نصوص التشريعات العربية ، غير أن هذا لا يعني عدم تطبيق حكم نصوص التشريعات العربية في القانون الفرنسي ، ذلك أن المبادئ التي قررتها القواعد العامة كفيلة بتطابيق فحوى هذا الحكم في فرنسا كذلك .

ووفقا لنصوص التشريعين الجزائري والمصري ، فان للمحال عليه أن يتمسك في مواجهة الدائن الجديد — المحال له — بنوعين من أنواع الدفوع ، وهي : الدفوع التي كان له أن يتمسك بها ضد الدائن الأصلي — المحيل — وقت نفاذ الحوالة والدفوع التي يستمدها من عقد الحوالة ذاته . أما المشرع اللبناني فقد اختلف في هذا الشأن عن المشرعين الجزائري ، والمصري ، اذ أنه لم يذكر حق المحال عليه في التمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة ، وسأوضح هذا الاختلاف فيما بعد .

../..

---

(1) نص المادة 248 من التقنين المدني الجزائري باللغة الفرنسية

" Le Débiteur cédé peut opposer au cessionnaire les exceptions qu'il pouvait opposer au cedant au moment où la cession lui est devenue opposable. Il peut également opposer les exceptions découlant du contrat de cession."

والملاحظ أن النص العربي للقانون المدني الجزائري بمقارنته بالنص الفرنسي لنفس القانون يتبين جليا أن هناك عبارات قد سقطت من الترجمة العربية ، وهذا ما أدى الى غموض النص العربي للقانون المدني الجزائري ، بالاضافة الى الصياغة الضعيفة حتى أنه يبدو مختلفا عن النص المقابل له في القانون المدني المصري ، والحقيقة أن النص الفرنسي للقانون المدني الجزائري ، مطابق تماما ، لنص المادة 312 من القانون المدني المصري التي تنص قائلة : " للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة " .
ولهذا فاعتقد أنه يجب اعادة صياغة المادة 248 من التقنين المدني الجزائري في نصها العربي ، على منوال المادة 312 من التقنين المدني المصري ، لأنها منقولة عنها حرفيـــا .

1 — تمسك المحال عليه بالدفوع التي كانت له وقت نفاذ الحوالة :

اعتقد أن تمسك المدين المحال عليه بالدفوع التي كان يمكنه أن يتمسك بها ضد المحيل وقت صيرورة الحوالة نافذة في حقه ، يعتبر نتيجة منطقية ، مترتبة على كون الحق الذى ينتقل الى المحال له هو نفس الحق ، الذى كان مستحقا للمحيل في ذمة المحال عليه وقت نفاذ الحوالة ، أى أن الحق المحال به ينتقل الى المحال له بكل أوصافه ، ومميزاته ، وبكل عيوبه ، ودفوعه ، التي تؤثر فيه قوة ، وضعفا .

فالأصل اذن أن للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن الجديد — المحال له — ولوكان هذا الأخير حسن النية بكل الدفوع المرتبطة بالحق المحال به ، والتي كان يستطيع أن يتمسك بها لدفع مطالبة الدائن الأصلي — المحيل — وقت صيرورة الحوالة نافذة في حقه ، وقد يستمد المحال عليه الدفوع التي يدفع بها مطالبة المحال له ، من انقضاء الحق المحال به بأى سبب من أسباب الانقضاء ، أو من بطلان التصرف الذى أنشأ هذا الحق ، أو بين قابليته للابطال لمصلحته ، أومن انفساخه .

فالأصل أنه يجوز للمدين المحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بانقضاء الحق المحال به ، ولا يهم وقت انقضاء هذا الحق ، سواء كان قد انقضى قبل ، أوبعد صدور الحوالة ، فالمهم أن يكون قد انقضى قبل صيرورة الحوالة نافذة في حقه ، كما لا يهم كيفية انقضاء هذا الحق المحال به ، فالمهم أن يكون قد انقضى سواء بالوفاء (1) أو بالابراء ، أو بالتقادم ، أو بالتجديد ، أو باتحاد الذمة ، أو بالمقاصة ، أو بأى سبب آخر من أسباب الانقضاء (2) . ويجوز كذلك أن يكون الحق المحال به ، قد انقضى بتصرف المحيل مرة ثانية لمحال له آخر بادر الى العمل بمقتضى القانون بجعل حوالته

../..

---

(1) وتجدر الملاحظة هنا الى أنه غير ضرورى أن يكون وصل الوفاء بالحق للمحيل ثابت التاريخ ، والمسألة تبقى للقضاة للتحرى والتأكد من ذلك .

(2) راجع سليمان مرقس المرجع السابق ص788 ، مصطفى أحمد الزرقاء المرجع السابق ص311 ، محمود جمال الدين زكي المرجع السابق ص173 ، السنهورى الوسيط الجزء 3 ص530 ، 531 ، شفيق شحاته المرجع السابق ص43 ، سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص487 ، بودرى وسينات المرجع السابق 880 بلانيول وروبير 518 ، أوبرى ورو المرجع السابق ص161 ، موسوعة دالوز المدنية بند 660 ومابعده .

نافذة في حق المحال عليه ، وفي حق الغير ، ففي هذه الحالة يكون للمحال عليه أن يدفع مطالبة المحال له الأول بنفاذ الحوالة الثانية ، الشيء الذي يترتب عنه انتقال الحق المحال به الى ذمة شخص آخر غير المحيل ، ويجوز أن يكون أحد دائني المحيل قد وقع حجزا تحفظيا تحت يد المدين المحال عليه ، قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير ، فيكون للمحال عليه عندئذ أن يدفع مطالبة المحال له بكل الحق بأن الدائن الحاجز يشاركه فيه (1).

ويجوز للمحال عليه كذلك ، أن يدفع مطالبة المحال له ببطلان العقد الذي كان مصدرا للحق المحال به ، ذلك أن العقد الباطل بطلانا مطلقا ، ليس له وجود قانوني ، وبالتالي لا يترتب عليه أثر ، وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك به ، كما يجوز للمحال عليه أن يتمسك ضد المحال له بابطال العقد الذي رتب هذا الحق ، اذا كان الابطال قد تقرر لمصلحة المحال عليه ، وطالب ببطلانه ، لأنه يصبح حينئذ في حكم العقد الباطل بطلانا مطلقا ، ويجوز للمحال عليه كذلك أن يدفع مطالبة المحال له بفسخ العقد ، اذا كان المحيل لم يقم بتنفيذ التزامه الناشيء عن العقد الذي رتب الحق المحال به ، وله كذلك أن يدفع مطالبة المحال له بانفساخ العقد في حالة ما اذا انقضى التزام المحيل بسبب استحالة التنفيذ لسبب أجنبي (2)

واستثناء من القاعدة العامة لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك ضد المحال له بالدفع باتحاد الذمة في حالة ما اذا كان المحال عليه هو وارث المحيل الذي مات بعد صدور الحوالة ، وقبل أن تصبح نافذة في حق المحال عليه فينقضي الحق المحال به غير أن المحال عليه لا يمكنه أن يتمسك بهذا الانقضاء لدفع مطالبة المحال له (3) ../..

---

(1) راجع الاستاذ السنهوري المرجع أعلاه ص531 .

(2) راجع في كل هذا السنهوري، الوسيط الجزء 3 ص 531 ، شحاته المرجع السابق ص 43-44 ، صبحي المحمصاني المرجع السابق ص36 ، محمود جمال الدين زكي ص173 سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق 487 ، بلانيول وروبير المرجع السابق ص521 أوبري ورو المرجع السابق ص161 ، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 642 وما بعده .

(3) راجع السنهوري المرجع أعلاه ص532 ، سليمان مرقس المرجع السابق 788 ، بودري وسينات المرجع السابق ص881 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص814 ، جمال الدين زكي المرجع السابق ص173 ، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق بند 651 .

ويستثنى كذلك من القاعدة القاضية بجواز تمسك المحال عليه في مواجهة المحال له بكل الدفوع التي كان يمكنه أن يتمسك بها قبل المحيل ، الدفع بالمقاصة، اذ لا يجوز للمحال عليه ، أن يدفع مطالبة المحال له بانقضاء الحق المحال به بالمقاصة ، وذلك في حالة ماذا كان المحال عليه ، قبل قبل الحوالة دون تحفظ ، فيفقد بذلك حقه في التمسك بالدفع بالمقاصة ،(1) وقد نص المشرع الجزائرى على هذا الحكم في المادة 303 من تقنينه المدني التي تقول : "اذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يجوز لهذا الأخير أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، وليس له الا الرجوع بحقه على المحيل .

أما اذا كان المدين لم يقبل الحوالة ، ولكن أعلن بها فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة " .

والملاحظ أن هذا الحل استثنائي يتعلق فقط بعدم جواز تمسك المحال عليه بالدفع بالمقاصة في حالة ما اذا قبل الحوالة بدون تحفظ ، ولهذا فيجب عدم التوسع في تطبيق حكمه والمشرع الجزائرى يتفق في هذا مع المشرع المصرى الذى نص على هذا الحكم في المادة 368 من تقنينه المدني ،(2) والمشرع الفرنسي الذى أورده في المادة 1295 من تقنينه المدني .(3)

أما المشرع اللبناني فقد جاء بحكم مخالف لما يقضي به كل من المشرع الجزائرى والمصرى ، والفرنسي ، اذ نصت المادة 285/ 3 من تقنين الموجبات والعقود على أنه " ويجرى الأمر بالعكس اذا كان المديون قد وافق على الانتقال بلا قيد ولا شرط فهو يعد اذ ذاك عادلا عن وسائل الدفاع التي كان يملكها الى ذلك الحين" ، اذن فالمشرع قد جعل من واقعة القبول قرينة على تنازل المحال عليه عن كل الدفوع التي كانت له

../..

(1) راجع السنهورى المرجع السابق ص 532 ، شفيق شحاته المرجع السابق ص 44 ، صبحي المحمصاني المرجع السابق ص 36 ، سليمان مرقس المرجع السابق ص 788 . بودرى وسينات المرجع السابق ص 882 ، بلانيول وريبير والمرجع السابق ص 814 موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 649 ، 650 .

(2) نص المادة 368 مدني مصرى : " اذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له الا الرجوع بحقه على المحيل .
أما اذا كان المدين لم يقبل الحوالة ، ولكن أعلن بها فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة

(3) نص المادة 1295 من التقنين المدني الفرنسي :

ضد المحيل وقت نفاذ الحوالة ، والمشرع اللبناني بهذا يكون قد خالف المعنى الذى ينطوى عليه تبول الحوالة ، الذى لا يعد و أن يكون عبارة عن اقرار المحال عليه علمه بالحوالة ، ولا يتضمن التزاما شخصيا منه نحو المحال له يفيد نزوله عن كل الدفوع التي كان يستطيع أن يتمسك بها ضد المحال له (1)

وأعتقد أن المشرع اللبناني قد أراد بهذا النص التعبير عن تمسكه بالجذور التاريخية لهذا النظام القانوني ، فهذا النص دلالة واضحة على أن لارادة المحال عليه دورا في الحوالة ، بحيث انها في ذمته التزاما شخصيا نحو المحال له ، وهذا موقف منتقد لا يمكن التسليم به .

2 — <u>تمسك المحال عليه بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة :</u>

لقد أجاز المشرع في كل من الجزائر ومصر ، للمدين المحال عليه أن يتمسك بالدفوع الناشئة عن عقد الحوالة ذاته ، لأن كل آثار الحوالة ومنها انتقال الحق المحال به تنشأ عن هذا العقد الذى يعتبر سند المحال له في الرجوع على المحال عليه لمطالبته بالحق المحال به .

وبناء على هذا النص التشريعي ، يمكن القول ، بأنه " اذا كان عقد الحوالة باطلا جاز للمحال عليه أن يتمسك بهذا البطلان لدفع مطالبة المحال له بالحق المحال به ذلك أن الحوالة تنتج آثارها في حقه عندما تكون صحيحة ، فان كانت باطلة فقد المحال له الصفة القانونية التي تخوله مطالبة المحال عليه بالحق المحال به .

ويجوز كذلك للمحال عليه بمقتضى حكم هذه المواد أن يتمسك بابطال عقد الحوالة ان كان قد نشأ قابلا للابطال لمصلحة المحيل ، كما يكون له أن يتمسك بطلب فسخ العقد ان كان المحال له لم يف بالتزامه بدفع الثمن للمحيل .

والظاهر أن المشرع العربي في كل من الجزائر ومصر قد وقع فعلا في حيرة من أمره ، كما سبق أن أوضحت ذلك في عدة أماكن ، فلم يفلح في التوفيق بين الاصالة والتجديد وآفة النقل والتقليد ، فوقع في تناقض خطير ، أربك فكره القانوني ، وخلق صعوبة كبيرة في الوصول الى مقصده ، فهو تارة يذهب الى اعتبار المدين المحال عليه غيرا في عقد الحوالة

../..

(1) راجع على الخصوص شفيق شحاته المرجع السابق ، ص45 صبحي المحمصاني المرجع السابق ص36 .

وطورا يحود باصرار ليصوره لنا على أساس أنه طرف في عقد الحوالة ، والا فعلى أى أساس نفسر اجازته للمدين المحال عليه التمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة ذاته وهو ليس طرفا فيه ؟

وغني عن البيان أن الحكم الذى أوردته هذه المادة يتناقض مع ما قررته القواعد العامة ، ولا يستسيغه المنطق القانوني ، ولا اعتقد أن هذه هي النتيجة التي أرادها المشرع ، إذ أن المشرع المصرى قد نقل المادة 312 عن المادة 320 من تقنينه المدني الوارد في باب حوالة الدين دون أن يتفطن للفروق الموجودة بين الحوالتين [1]، ثم جاء المشرع الجزائرى ونقل نص المادة 248 مدني جزائرى عن المادة 312 مدني مصرى .

فوفقا للقواعد العامة لا يجوز للمدين المحال عليه أن يتمسك بالابطال لدفع مطالبة المحال له اذا كان عقد الحوالة قد نشأ قابلا للابطال ، ذلك لأن الابطال لم يتقرر لمصلحته ، وانما تقرر لمصلحة المحيل ، الذى يجوز له وحده أن يطالب به [2]، واعتقد أن المحيل بحوالته للحق الناشئ عن هذا العقد يعتبر أنه قد اجازه اجازة ضمنية ، وأصبح العقد نهائيا ، كما أنه لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المحال له لالتزامه بدفع ثمن الحوالة للمحيل ، ليدفع مطالبته بالحق المحال به فالتمسك بالفسخ مقرر للمحيل لا للمحال عليه [3]، أما تمسكه بالبطلان لدفع مطالبة المحال له فجائز غير أنه لا يستمد هذا الدفع من عقد الحوالة بل يستمده من قواعد البطلان المطلق التي تقرر أنه يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان بل ان للمحكمة أن تقرر البطلان من تلقاء نفسها [4]،

وهكذا يتضح لنا جليا أن المحال عليه لا يمكنه أن يستمد من عقد الحوالة أى دفع يتمسك به ضد المحال له ، وذلك لأنه ليس طرفا في هذا العقد

../...

(1) شفيق شحاته المرجع السابق ص 47 ، صبحي المحمصاني المرجع السابق ص 37
(2) راجع شفيق شحاته المرجع السابق ص 47، صبحي المحمصاني المرجع السابق ص 37 مصطفى الزرقاء المرجع السابق ص 311 ، جمال الدين زكي المرجع السابق ص 173 ،
(3) قارن الاستاذ السنهورى المرجع السابق ص 533، وراجع شحاته المرجع السابق ص 47
(4) راجع الاستاذ السنهورى المرجع السابق هامش ص 534 .

والجدير بالملاحظة أن المادة 312 من التقنين المدني المصري، قد كانت في المشروع التمهيدي تجرى على النحو التالي : "كما يجوزله (أى المحال عليه) أن يحتج بالدفوع الخاصة بالمحال اليه وحده " ولكن نص هذه المادة عدل في لجنة المراجعة ليستقر بالصيغة التي سبق أن عرضناها [(1)]، والتي لا يخفي مافيها من عيب واعتقد أن نص المشروع التمهيدى للمادة 312 من القانون المدني المصرى قد كان موفقا وحبذا لو أبقى عليه اذن لاستقامت الامور اذ انه من المسلم به أن المحال عليه يستطيع دائما أن يدفع مطالبة المحال له بالحق المحال به، بالدفوع الخاصة بالمحال له نفسه ، فيجوز للمحال عليه مثلا أن يدفع مطالبة المحال له بالمقاصة التي وقعت بين الحق المحال به ، وحق آخر مقابل ترتب في ذمة المحال له للمحال عليه [(2)].

الفصل الثالث

علاقة المحيل بالمحال عليه

يظل المحيل في نظر الكافة هو المالك الحقيقي للحق المحال به ، ويجوز لهم أن يتعاملوا معه على هذا الأساس، اذ أن العلاقة التي تربطه بالمحال عليه ، تعتبر لا زالت قائمة ، على الأقل في نظر المحال عليه وباقي الاغيار ، مادام المحال له لم يبادر الى العمل بمقتضى القانون لجعل الحوالة نافذة في حق المحال عليه سواء باعلانه بها ، أو بقبوله لها ، اما بعد استيفاء الاجراءات القانونية لنفاذ الحوالة فان الحق المحال به ينتقل الى المحال له ، الذى يصبح هو المالك الحقيقي ، وتنشأ علاقة دائنية جديدة بين المحال له والمحال عليه ، مختلفة عن العلاقة التي كانت تربط المحيل بالمحال عليه ، ولهذا يجب أن نميز بين مرحلتين هما المرحلة التي تسبق اعلان الحوالة أو قبولها ثم المرحلة التي تلي الاعلان أو القبول .

1 ـ الفترة التي تسبق نفاذ الحوالة :

يجوز للمدين المحال عليه ، قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حقه ، سواء باعلانه بها، أو بقبوله لها، أن يوفي بالحق المستحق في ذمته ، لدائنه الأصلي ـ المحيل ـ ويعتبر وفاؤه صحيحا ومبرئا لذمته ، وله كذلك أن يقضيه معه بأى سبب من اسباب الانقضاء

.../...

(1) راجع شفيق شحاتة المرجع السابق ص 48 .

(2) راجع مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى الجزء 3 ص 129 ومابعدها .

ولكن ما هو الحكم اذا وفي المحال عليه بالحق المحال به للمحيل ، أو قضاه معه رغم علمه بالحوالة علما فعليا ؟ اعتقد كما سبق أن قلت في الباب الثاني من هذا المبحث أنه وفقا للنصوص التشريعية ، فان العلم الفعلي لا يغني عن العلم القانوني ، وعليه فان وفاء المحال عليه ، للمحيل ، رغم علمه الفعلي بالحوالة لا يطعن في صحة وفائه الا اذا تعمد المحال عليه متواطئا مع المحيل الوفاء له بالحق المحال به غشا منه واضرارا بحقوق المحال له ، فيكون الوفاء ، في هذه الحالة باطلا ، أ بطله الغش والتواطؤ ، ذلك أن الغش غيب يفسد كل التصرفات المبنية عليه (1) .

ويجوز للمحيل أن يطالب المحال عليه بالحق المستحق في ذمة هذا الأخير وأن يتخذ كل الوسائل القانونية الكفيلة ، باجبار المحال عليه على الوفاء بالحق ، وليس للمحال عليه أن يتمسك بعلمه الفعلي لدفع مطالبة المحيل بحقه ، وللمحال عليه أن يبادر الى قبول الحوالة لتصبح نافذة في حقه ، حتى يتجنب الوفاء بالحق المحال به ، الا للمحال له ، وخاصة اذا كانت له مصلحة في ذلك كان يكون دائنا للمحال له (2) .

ويجوز للمحيل قبل اعلان الحوالة أو قبولها من طرف المحال عليه ، بصفته دائنا ، أن يتخذ جميع الاجراءات التحفظية الضرورية للمحافظة على حقه ، كأن يبادر مثلا الى قطع سريان مدة التقادم ، اذا كانت قد أوشكت أن تكتمل ، وأن يقيد رهنا ، أو يجدد قيدا ، وله كذلك أن يوقع حجزا تحفظيا تحت يد المحال عليه ومن باب أولى للمحيل أن يتجاوز الاعمال التحفظية الى أعمال تنفيذية ، فيوقع حجز تنفيذيا (3) .

ويجوز لدائني المحيل أن يوقعوا حجزا تحفظيا على حق المحيل الموجود في ذمة المحال عليه ويعتبر هذا الحجز حجزا صحيحا ، ما دام المحيل لم يستوف بعد الاجراءات اللازمة لنفاذ الحوالة (4) .

.. / ..

---

(1) قارن شفيق شحاته المرجع السابق ص33

(2) راجع السنهوري الوسيط الجزء 3 ص536 ، سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص487 ، بودري وسينات المرجع السابق ص885 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص517 ، أوبري ورو المرجع السابق ص153 ، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 572 .

(3) أنظر السنهوري المرجع السابق ص535 ، جمال الدين زكي المرجع السابق ص174 بودري وسينات المرجع السابق ص885 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص518 ، أوبري ورو المرجع السابق ص155 .

(4) انظر كذلك السنهوري المرجع السابق ص536 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص518 سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص487 ، جمال الدين زكي المرجع السابق ص174 بودري وسينات المرجع السابق ص885 ، أوبري ورو المرجع السابق ص155 .

اللازمة لنفاذ الحوالة (1)

2 ـ الفترة التي تلي نفاذ الحوالة :

بعد أن تصبح الحوالة نافذة في حق المدين المحال عليه سواء بالاعلان بها أو قبولها ضمن الشروط والأوضاع التي حددها القانون مسبقا ، فانه يترتب على ذلك خروج المحيل من العلاقة القانونية التي كانت تربطه بالمحال عليه نهائيا ، لتنشأ على انقاضها علاقة دائنية جديدة بين المحال له والمحال عليه ، اذ يصبح المحال له هو المالك الوحيد للحق المحال به في مواجهة الكافة .

وعليه فلا يجوز للمحال عليه أن يفي بالحق المحال به للمحيل ، ولا أن يقضيه معه بأي سبب من أسباب الانقضاء ، فلو حدث أن تعامل المحال عليه في شأن الحق المحال به مع المحيل ، فان هذا التعامل يكون باطلا ، فمثلا لو وفي الحق الى المحيل ، كان وفاؤه غير صحيح ، لأنه وقع لشخص غير الدائن ويحق للمحال له أن يستوفيه منه مرة ثانية تطبيقا للقاعدة القاضية بأن من يسيء الوفاء يفي مرتين .

وبعد أن تصبح الحوالة نافذة في حق المحال عليه ، يصبح المحال له هو المالك وحده للحق المحال به فله أن يستوفيه من المحال عليه ، وأن يقضيه معه بأي سبب من أسباب الانقضاء ، وأن يتخذ كل الاجراءات التحفظية والتنفيذية ، الضرورية للحصول على الحق المحال به ، كما يصبح من حق دائني المحال له وحدهم توقيع حجز تحفظي على الحق المحال به تحت يد المحال عليه (2) .

---

(1) أنظر كذلك السنهوري المرجع السابق ص536 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 518 ، سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص487 ، جمال الدين زكي المرجع السابق ص174 ، بودري وسينات المرجع السابق ص885 .
أوبري ورو المرجع السابق ص155 .

(2) راجع في كل هذا السنهوري المرجع السابق ص536 ، 537 .

الفصـــــل الرابـــــع

علاقة المحـــال له بالغـــــــــير

الغير في باب الحوالة ،كما سبق أن أوضحت ، هم كل الاشخاص الذين تمس حالتهم الحوالة نظرا لتعارضها مع حقوقهم ، ولهذا فان انصراف آثارها اليهم بمجرد انعقادها يؤثر على حقوقهم ، وقد يتضررون منها ، ولهذا فان شأنها شأن سائر العقود . لاتكون نافذة في حق الغير ولاحجة عليهم الا اذا اصبحت ثابتة التاريخ ، وفقا لما يمليه القانون .

فاذا بادر المحال له الى العمل بمقتضى القانون ، واصبحت حوالته نافذة في حق الغير ، وحجة عليهم ، سواء باعلان المحال عليه بها في ورقة من اوراق المحضرين .(1) أو بقبوله لها قبولا ثابت التاريخ ، فان الحق المحال به ينتقل الى المحال له ، فيفقد بذلك دائنو المحيل أحد عناصر ضمانهم العام المقرر لهم على ذمة مدينهم ، ولا يبقى من حقهم الحجز على هذا الحق تحت يد المحال عليه ، أو التنفيذ عليه ، لأن الحوالة الثابتة التاريخ قد اخرجته من ذمة مدينهم بصفة نهائية ، فأصبح المحيل وخلفه الخاص في حكم الاجانب بالنسبة للحق المحال به ، ولهذا اعتقد انه لامجال في هذه الحالة للكلام عن مزاحمة الغير — الخلف الخاص للمحيل — للمحال له .(2) الذى أصبح المالك الوحيد للحق المحال به .

واما أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير وفقا للقانون ،فان الحق المحال به يعتبر لازال في ذمة المحيل/عليه ،فلو حدث أن قام المحيل بحوالة حقه مرة أخرى ،

.../...

---

(1) اما المشرع الجزائرى فيكتفي كما سبق أن اوضحت باعلان الحوالة في ورقة عرفية (راجع الباب الثاني من هذا البحث) .

(2) راجع موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحـــق) بنـــد 680.

فان كلا من المحال له الأول ، والمحال له الثاني يعتبر غيرا بالنسبة للآخر ، ويزاحمه في الحق المحال به . كذلك فان دائني المحيل يستطيعون أن يتخذوا كل الاجراءات الضرورية للمحافظة على حقوقهم ، فلو أوقعوا حجزا على الحق المحال به ، باعتباره لا يزال في ذمة المحيل ، فانهم يصبحون غيرا بالنسبة للمحال له . ويزاحمونه في الحق المحال به . ويقتسمونه معه قسمة غرماء ، هذا من ناحية ومن ناحية اخرى فان دائني المحيل يعتبرون غيرا بالنسبة الى المحال له ، اذا تمت الحوالة غشا واضرارا بحقوقهم ، ويكون لهم الحق في أن يطالبوا بعدم نفاذ هذا التصرف في حقهم (1) .

ولهذا أعالج هذا الفصل في مبحثين : أتناول في المبحث الاول ، التزاحم بين المحال لهم بنفس الحق ، واتناول في المبحث الثاني التزاحم بين المحال له والدائنين الحاجزين .

.../...

(1) راجع موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 684 .
وراجع كذلك المواد التالية : 191، 192 مدني جزائري ، 238 ، 239 ، 240 مدني مصري ، 1167 مدني فرنسي .

المبحـــــــث الأول

الـتزاحم بيـن أكثـر من محـال لــه

قد يقع أن يحول المحيل حقه ،وقبل أن يستوفي المحال له الأول الاجـــراءات اللازمة ، التي يستوجبهـــا القانون يجعل الحوالة نافذة في حق الغير ،وحجة عليهم يقوم المحيل بالتصرف في حقه مرة ثانية الى محال له آخر ، ففي هذه الحالة نكـــون أمام تزاحم حوالتين حول حق واحد ، وكل من المحال له الأول ، والمحال له الثاني يعتبر غيرا بالنسبة للآخـــر ، وذلك سواء كانت احدى الحوالتين ،أو كلتاهما ، قد تمت على سبيل البيع ،أو الهبة ،أو الرهن ،فمن هو من هذين المحال لهما بنفـــس الحق يفضل على الآخر ، ويستأثر وحده بالحق المحال به ؟

لقد أورد المشرع العربي حلا تشريعيا لهذه المسألة ، فنص المشرع الجزائـــري في المادة 249 من تقنينه المدني ، على أنه " في حالة وقوع خلاف بين عدة حوالات تخص حقا واحدا فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير "، أمـــا المشرع المصري فقد نص في المادة 313 من تقنينه المدني على أنه " اذا تعددت الحوالة بحق واحد فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير " ،أما المشرع اللبناني فقد نص في المادة 3/283 من تقنين الموجبات والعقود قائـــــلا " واذا كان المتفرغ قد أجرى فراغين متتابعين لدين واحد ، فالمتفرغ له الذى سبق الى العمل بمقتضى القانون يفضل على الآخـــر حتى ولو كان تاريخ عقده احدث عهدا ".

ووفقا لهذه النصوص ،فانه اذا كان الحق الواحد ، قد اجريت به عدة حـــوالات متتالية لاشخاص مختلفين ،فلا عبرة بتاريخ صدور هذه الحوالات المتتالية للمفاضلـــة بين المحال لهم المتنازعين حول نفس الحق ،ذلك ، أن كل منهم يعتبر من الغـــير بالنسبة للآخـــر . ولا تفاضل بين الدائنين بنفس الحق ،في استيفاء حقوقهم ،بسبب تواريخ نشوء ديونهم ، ويجوز لأى واحد منهم ، أن ينازع الاخر في هذا الحـــق وان يزاحمه في اقتضائـــه مـــادام أنه لم يخرج بعد من ذمة مدينـــه .

.../...

والعبرة في المفاضلة بين المحال لهما بنفس الحق هو التاريخ الثابت لنفـاذ الحوالة . الذى يترتب عليه خروج الحق المحال به من ذمة المحيل ، وانتقاله الـى المحال له ، الذى بادر الى العمل بمقتضى القانون لجعل حوالته نافذة في حـق الغير ،وحجة عليهم ، سواء باعلانها للمحال عليه في ورقة من أوراق المحضريـن -او في ورقة عرفية وفقا للقانون الجزائرى - أو بقبوله لها قبولا ثابت التاريخ -أو في ورقة رسمية وفقا للقانون الفرنسي-هو الذى يفضل على المحال له الاخر، وهو الذى يستأثر وحـده بالحق المحال به ، ولا يستطيع المحال له الاخر بنفس الحق بعـد ذلك أن يزاحمه في الحق المحال به ،لانه أصبح مالكه الوحيد ، بدون منازع وذلك سواء كانت الحوالة قد تمت على سبيل البيع ، أو الهبة ، أو كانت قد تمت على سبيـل الرهن ،لأن الحوالة التي تمت على سبيل الرهن ، كما سبق ان أشرت الى ذلـك تخضع في نفاذها للاجراءات المنصوص عليهـا في باب الحوالة (1) ، وعليه فاذا وقـع تنازع بين المحال له ،والدائن المرتهن ،فان الافضلية تكون للمحال له - المشترى أو الموهوب له أو المرتهن - الذى سبق الى العمل بمقتضى القانون لجعل حوالتـه نافذة في حق الغيـر (2) .

واذا كان المحال له قد أصبحت حوالته نافذة في حق الغير ، وانتقل اليـه الحق المحال به ، بالبيع ، أو بالهبة ، فانه يجب المحال له المتأخر الذى لا يأخذ أى شيء ، سواء كان قد كسب الحق المحال به ،أواقتصر على رهنه ، أما اذا كـان المحال له الذى اصبحت حوالته نافذة في حق الغير ، لم ينتقـل اليه الحق المحـال به الا على سبيل الرهن ، وكان المحال له المتأخر ، قد كسب الحق المحال به بالبيع أو بالهبة، فان المحال له الاول لا يجب المحال له الثاني الا في حدود حق الرهـن

.../...

(1) راجع المواد التالية: 975 مدني جزائرى، 1123مدني مصرى ، 2075 مدني فرنسي .

(2) راجع السنهورى الوسيط الجزء 3 ص543، شفيق شحاتة المرجع السابق ص 51 وما بعدها ، وهذى يكن شرح قانون الموجبات والعقود الجزء 6 ص86 ، جمال الدين زكي المرجع السابق ص175 ، سليمان مرقس المرجع السابق ص788 ، صبحـي المحمصاني المرجع السابق ص38 ، سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص488 ، اسماعيل غانم المرجع السابق ص365 ، كولان وكابيتان المرجع السابق ص467

فينتقل الحق المحال به الى المحال له الثاني ، مثقلا بحق الرهن الثابت للمحال له الاول ، فاذا استوفى المحال له الاول الحق المضمون بالرهن من الحق المحال به وبقى شيء من هذا الحق فانه يؤول الى المحال له الثاني (1) .

واذا كانت الحوالتان قد اعلنتا في يوم واحد ، وكان لهما نفس التاريخ ، فيجب الرجوع لتحديد أفضلية أحد المحال لهما على الآخر الى الساعة التي تم فيها اعلان كل حوالة ، وتقدم الحوالة التي تكون ساعة اعلانها سابقة ، واذا لم يكن أحد الاعلانيين أو كلاهما يشير الى الساعة التي تم فيها ، فان الرأى السائد في هذه الحالة هو ، أن لكل طرف ان يثبت أسبقية اعلانه على الاخر بكل وسائل الاثبات (2) .

وقد يقع أن يحول المحيل جزءا من حقه الى محال له أول ، ثم يحول الجزء الباقي الى محال له ثان ، ففي هذه الحالة ليس هناك تنازع بين مالكين لنفس الحق فلا يطرح مشكل التزاحم بين المحال له الأول ، والمحال له الثاني وانما المشكل المطروح هو لمن يجب الوفاء اذا كان المحال عليه معسرا اعسارا جزئيا ؟ ومادام كل من المحال لهما يملك جزءا من الحق المحال به ، فيكون لكل منهما أن يطالب بنصيبه في الحق المحال به ، ولا يكون لأى منهما أية افضلية أو امتياز على الاخر في استيفاء حقه ، حتى لو كانت أحدهما سابقة في نفاذها في حق الغير ، على حوالة الآخر . فاذا تبين عند رجوعهما على المحال عليه عدم قدرته على الوفاء بكل الحق المستحق في ذمته عند حلول أجل الاستحقاق ، فيجب أن يقسم المحال له الاول ، والمحال له الثاني المبلغ الذى دفعه المحال عليه لهما قسمة غرماء . وهذا الحكم ينطبق كذلك على المحيل ، واذا كان قد قام بتحويل جزء من حقه ، واستبقى لنفسه الجزء الآخر (3)

.../...

الاخوة مازو المرجع السابق ص 1031 بلانيول وريبير المرجع السابق ص 518 ، الكسويل وتيرى المرجع السابق ص 998 ، بيير فوارين المرجع السابق ص 423 ، 424 ، كاربونييه المرجع السابق ص 463 ، بودرى وسينات المرجع السابق ص 886 ، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 686 ومابعده .

(1) راجع على الخصوص السنهورى الوسيط الجزء 3 هامش ص 543 ، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 692 .

(2) راجع موسوعة دالوز المرجع السابق بند 694 ومابعده ، ومما لاشك فيه ان للمحال له الذى سبقه غيره الى الاستئثار بالحق المحال به ان يرجع على المحيل بدعوى الضمان وسبب الضمان هنا يرجع الى فعل المحيل الشخصي .

(3) راجع السنهورى الوسيط الجزء 3 ص 544 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص 516

غير أنه يجوز أن يتفق المحيل والمحال له الأول ، على أن يكون حق هذا الأخير له اولويةفي الاستيفاء على الجزء الباقي ، سواء استبقاه المحيل لنفسه ، اوحوله الى محال له آخر تحت هذا الشرط ، فيكون حينئذ للمحال له الاول أن يستوفي حقه بالاولوية على المحيل ، او المحال له الثاني ، في حالة ما اذا ظهر اعسار المحال عليه اعسارا جزئيا ، وقد يشترط المحيل على المحال له الاول ان الاولوية في الوفاء تكون للجزء الباقي سواء استبقاه المحيل لنفسه أو حوله الى محال له آخر فيكون حينئذ للمحيل ، أو للمحال له الثاني الاولوية في استيفاء نصيبه من الحق المحال به ، اذا تبين ان المحال عليه غير قادر على الوفاء بكل الحق المستحق في ذمته بسبب اعساره .

ولا يفوتني هنا أن ألاحظ ، أن الحل التشريعي الذى أورده المشرع العربي لمسألة تزاحم بين المحال لهم بنفس الحق ، لا يعدو أن يكون ترديدا لما سبق أن نص عليه في المواد المتعلقة بشروط نفاذ الحوالة في حق الغير ، ذلك أن المحال له لا يمكنه أن يتمسك بحوالته في مواجهة الغير الا بعد أن يصبح لها تاريخ ثابت ، ولا يصبح لها تاريخ ثابت الا منذ صيرورتها نافذة في حق الغير وفقا لما يمليه القانون . أليس المحال لهم بنفس الحق يعتبرون اغيارا بالنسبة لبعضهم البعض ؟ وأن كل واحد منهم يعتبر غيرا بالنسبة لحوالة الآخر ، فما هي الحكمة التي قصدها المشرع من وراء نصه على افضلية الحوالة التي تصبح نافذة قبل غيرها ؟

.../...

═ الاخوة مازو المرجع السابق ص1039 ، بودرى وسينات المرجع السابق ص886 ، 887 ، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 698 وما بعده .
ويلاحظ هنا انه اذا صدرت الحوالة من المحيل وقبل أن تصبح نافذة في حق الغير ثم شهر افلاس المحيل او اعساره فان دائنيه يعتبرون من الغير بالنسبة للمحال له الذى لا يستطيع أن يتمسك ضدهم بالحوالة فيزاحمونه في الحق المحال به الذى يدخل في تفليسة المحيل ويدخل المحال له ضمن دائني التفلسة بما له من حق الرجوع على المحيل ويقاسم الدائنين العاديين للمحيل قسمة غرماء . كما أن الحوالة التي تصدر بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار لا تسرى في حق دائني المحيل المعسر لانهم يعتبرون من الغير بالنسبة لهذه الحوالة كما أن الحوالة التي صدرت قبل تسجيل دعوى الاعسار لكنها لم تصبح نافذة في حق الغير الا بعد هذا التسجيل لا تسرى في حق دائني المعسر ، ويبقى الحق المحال به داخلا في الضمان العام لجميع الدائنين ومنهم المحال له بما له من حق الرجوع بالضمان على المحيل . (المواد 216 ، تجارى مصرى ، 244 تجارى جزائرى ، 237 مدني مصرى ، 191 مدني جزائرى ، السنهوري الجزء 3 ص 541 .

المبحث الثاني

التزاحم بين الحوالة والحجز

قد يقع أن يقوم المحيل بحوالة حقه من ناحية ، ومن ناحية أخرى يعمد دائنو المحيل العاديون الى توقيع حجز على الحق المحال به تحت يدي المحال عليه ، الشيء الذى يترتب عليه تنازع بين المحال له ، والدائن الحاجز ، حول من تكون له الافضلية فى تملك الحق المحال به ، والاستئثار به دون غيره ، ذلك أن كل منهما يعتبر غير بالنسبة للآخر ويزاحمه فى الحق المحال به ، لانهما يتنازعان حول ملكية نفس الحق .فمن هو الذى سيتملك هذا الحق فى هذه الحالة ؟
أعتقد أنه يمكن تصور ثلاث حالات لهذا المشكل ، فقد يتم توقيع حجز بعد أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير وفقا لما استوجبه القانون ، وقد يتم توقيع الحجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ، وقد تقع الحوالة بين حجزين أى يسبق نفاذها حجز ، ويلى نفاذها حجز آخر . فما هو الحل فى كل هذه الحالات ؟
لا شك أن الاجابة تختلف من حالة لأخرى ، وأتناول كل حالة على حدة .

المطلب الاول

التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز المتأخر

يلاحظ أنه لم يرد نص خاص بهذه الحالة فى مختلف التشريعات ، بسبب وضوحها وعدم طرحها فى المشاكل القانونية ، سواء من الناحية النظرية ، أو من الناحية العملية . ورغم ذلك فان المشرع اللبنانى قد أورد نصا خاصا نظم به هذه الحالة ، اذا نص فى المادة 647 من تقنين أصول المحاكمات المدنية قائلا " ان التفرغ عن الدين المطلوب للمحجوز عليه يجعل الحجز باطلا اذا أجرى هذا التفرغ قبل ابلاغ ورقة الحجز الى الشخص الثالث المحجوز لديه " وأعتقد أن هذا النص الذى أورده المشرع اللبنانى لم يتضمن حكما جديدا ، بل اقتصر على ترديد ما سبق أن نص عليه فى باب الشروط المتعلقة بنفاذ الحوالة .

.../...

وكما نعرف أن لدائني المحيل حق ضمان عام على ذمة مدينهم ، وبدون شك فان تصرف المحيل بالحوالة في أحد الحقوق المكونة لذمته المالية يؤدي الى فقدان الدائنين لأحد عناصر الضمان العام المقرر لهم ، لأن من آثار الحوالة خروج الحق المحال به من ذمة المحيل ، وقد سمح المشرع للدائنين بأن يتخذوا الاجراءات الضرورية للمحافظة على حقوقهم ، فيجوز لدائني المحيل أن يوقعوا حجزا على حق مدينهم ، غير أن دائني المحيل ليس لهم حق خاص على الحق المحال به وعليه فاذا أوقع احد دائني المحيل حجزا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، بعد أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير على الوجه المبين في القانون ، فان الحجز في هذه الحالة يقع باطلا ، ولا يترتب عليه أي أثر لانه يكون قد ورد على محل معدوم ، بسبب خروج الحق المحال به من ذمة المحيل وانتقاله بالحوالة الى المحال له الذي يصبح المالك الوحيد له ، من لحظة صيرورة الحوالة نافذة في حق الغير ، ومن هذه اللحظة فصاعدا لا يجوز لأي شخص أن يكتسب حقا على الحق المحال به من طريق المحيل ، ومن هذه اللحظة لا يستطيع دائنو المحيل أن يوقعوا حجزا على الحق المحال به ، ولا أن يزاحموا المحال له في ملكه ، ولا أن يعترضوا على تنفيذ الحوالة (1).

المطلب الثاني

التزاحم بين الدائن الحاجز المتقدم والمحال له

لقد أورد المشرع العربي حلا تشريعيا لهذه المسألة ، فنص المشرع الجزائري في المادة 250 / 1 من تقنينه المدني على أنه " اذا حجز ما تحت يد المحال عليه قبل نفاذ الحوالة في حق الغير كانت الحوالة بالنسبة للحاجز بمثابة حجز آخر"

.../...

1) راجع السنهوري الوسيط الجزء 3 ص 545، 546 ، شفيق شحاته المرجع السابق ص 52، رمضان يكن المرجع السابق ص 83، جمال الدين زكي المرجع السابق ص 176، صبحي المحمصاني المرجع السابق ص 93، سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق ص 489 ، بودري وسينيات المرجع السابق ص 867، مارتي وريدو المرجع السابق ص 820 وبلانيول وريبير المرجع السابق ص 523، الاخوة مازو المرجع السابق ص 1031، كولان وكابيتان المرجع السابق ص 463 ، الكسوتيري المرجع السابق ص 929، موسوعة دالوز المدنية (باب حوالة الحق) بند 703 ومابعده .

أما المشــرع المصري فقد نص في المادة 314 من تقنينه المدني على أنه " اذا وقــع تحت يد المحال عليه حجزا قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير كانت الحوالــة بالنسبة الى الحاجز بمثابة حجز آخر "، أما المشرع اللبناني فقد نص في المادة 649 من تقنين اصول المحاكمات المدنية قائلا " اذا حدث بعد الحجز لدى شخــص ثالث ، وقبل كل حكم باثبات الحجز ، وكل قرار بحجر امتياز الحجز ، ان المديــون تفرغ لأحد عن الدين المحجوز لدى الشخص الثالث فان التفرغ يكون باطلا بهذه الصفة بيد أن المتفرغ له يصبح تجاه الحاجز الاول بمنزلة حاجز ثان ، ويشترك معه علــى نسبة ماله من الدين "(1).

تتفق كل هذه التشريعات على أنه اذا أوقع أحد دائني المحيل حجزا علــى الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، بعد صدور الحوالة وقبل أن تصبح نافــذة في حق الغيــر سواء باعلانها للمحال عليه ، أو بقبوله لها قبولا ثابت التاريـــخ ، فان الحجز يكون نافذا في حق المحال له ، ويصبح الدائن الحاجز بالنسبة للمحال له من الغير الذين لهم حقوق محفوظة قانونــا ، وليس من شأن الحوالة التي أصبحــت ثابتة التاريخ فيما بعد أن تحــرمه من حقوقه لأن الحجز يعتبر صحيحا حتى لــو كان الدائن الحاجز على علم بوقوع الحوالة ، بل قد يكون علمه بالحوالة هو الذى دفعه الى توقيع حجزه على أموال مدينه .

ومادامت آثار الحجز تقتصر على منع المدين المحال عليه من الوفاء بالحـــق المحجوز عليه للمحيــل ، ومنع المحيل من التصرف في هذا الحق ، فلا تنتقل للدائـن الحاجز ملكية الحق المحجوز عليه ، بل يبقى مملوكا للمحيل ولا يخرج من ذمته ، ومــن ثم يجوز لدائني المحيل الآخرين أن يتدخلوا في الحجز ، ويشتركوا مع الحاجز الأول في اقتسام الحق المحجوز عليه بالتساوى فيما بينهم دون اعتبار لاسبقية الحجز فـــي التاريــخ . وعليه فان الحوالة المتأخرة في نفاذها عن الحجز تكون صحيحة ونافـــذة في حق باقي الأغيــار وتعتبــر بمثابة حجــز متأخــر . ويزاحم الدائن الحاجـــز

.../...

(1) والملاحظ ان المشرع الفرنسي لم يورد حلا تشريعيا لهذه المسألة مثل ما فعــل المشرع المصري ، غير أن الفقه والقضاء مستقر على الحل الذى تبنته التشريعات العربيــة .

المحال له بكل الحق . ومادام الحجز المتقدم لا يفضل على الحجز المتأخر ، لأن اسبقية الحجز الاول ليست سببا للأفضلية ، فان الدائن الحاجز ، والمحال له يستوفيان حقوقهما ، وفقا لقاعدة قسمة الغرماء فيحصل كل منهما على حقه بنسبة دينه ، هذا اذا كان الحق المحجوز عليه لا يكفي للوفاء بكل الديون ، فان وجد لدى المحال عليه من حقوق المحيل ما يكفي للوفاء بكل الديون اخذ كل من المحال له ، والدائن الحاجز جميع حقه ، اذن فان المحال له في هذه الحالة يعتبر دائنا حاجزا بكل مبلغ الحق المحال به ، والدائن العادى حاجزا بالمبلغ المستحق له في ذمة المحيل ، فيزاحم كل منهما الاخر ، ولا تكون لاى منهما أية أفضلية على الآخر ، ويقتسمان المبلغ المستحق للمحيل في ذمة المحال عليه قسمة غرماء (1) . فمثلا لو كان ابراهيم دائنا لمصطفى بمبلغ 12000 دينار ، وقام بحوالته لمنير ، ولكن قبل أن تصبح حوالة هذا الأخير نافذة في حق الغير ، قام مختار بصفته دائنا لابراهيم بمبلغ 6000 دينار بتوقيع حجز على الحق المستحق لابراهيم في ذمة مصطفى ، ثم بعد ذلك قام منير باعلان حوالته ، فهذا الاعلان يعتبر بمثابة حجز جديد بالمبلغ المحال به ، ويترتب على ذلك أن المبلغ الذى سيدفعه مصطفى يجب أن يوزع بين مختار ومنير بحسب نسبة حقوقهما فيه ، أى يقسم عليهما قسمة غرماء ، فيكون لمختار بـ 4000 دينار بصفته دائنا حاجزا ، ولمنير 8000 دينار بصفته محالا له .

وتجدر ملاحظة أن هذا الحل لا يؤخذ به الا اذا كان الدائن الحاجز لم يثبت حجزه أو لم يعلن المحجوز لديه بالحكم المثبت للحجز قبل اعلان الحوالة أما اذا استطاع الدائن الحاجز الحصول على حكم بصحة الحجز ، واعلنه للمحجوز لديه قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير ، فانه — الدائن الحاجز — يعتبر بمثابة محال له سابق ويتقدم على المحال له الذى أعلن حوالته بعد ذلك ، في استيفاء حقه

.../...

(1) راجع في كل هذه المسألة السنهوري الوسيط الجزء 3 ص546 ، 547 ، شفيق شحاتة المرجع السابق ص52 ، سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص489 ، سليمان مرقس المرجع السابق ص789 ، جمال الدين زكي المرجع السابق ص177 ، زهدى يكن المرجع السابق ص88 ، محمد حسنين طرق التنفيذ في قانون الاجراءات المدنية الجزائرى ص83 وما بعدها ، 119 . وبودرى وسينات المرجع السابق ص888 ، 889 . الاخوة مازو المرجع السابق ص1031 ، مارتي ورينو المرجع السابق ص820 . بلانيول وريبير المرجع السابق ص525 .

من الحق المحجوز عليه ، لأن حقه يصبح حجة على الغير بمجرد اعلان الحكم بصحة الحجز للمحجوز لدية فتكون له الأولوية في استيفاء حقه على الحوالات المعلنة بعد ذلك وكذلك الحجوز التي قد يتم توقيعها فيما بعد ، ولا يزاحم الدائن الحاجز في هذه الحالة الا الحجوز ، أو الحوالات ، التي سبقت الحكم بصحة الحجز واعلانه للمحجوز لديه ، ذلك أن انتقال الحق المحجوز عليه للدائن الحاجز لا يعتبر اثرا للحجوز ذاته وانما للحكم الذى صدر بصحته ، والذى لا يصبح حجة على الغير الا باعلانه للمدين المحجوز لديه . غير أنه لا يمس الحقوق المكتسبة قبل ذلك (1) .

المطلب الثالث

التزاحم بين الدائن الحاجز الأول ، والمحال له والدائن الحاجز الثاني

لو افترضنا في هذه الحالة أن عزالدين قد كان مدينا بمبلغ 12000 دينار لمصطفى ، الذى حول كل حقه الى ابراهيم ، وبعد صدور هذه الحوالة ، وقبل أن تصبح نافذة في حق الغير ، قام منير بصفته دائنا لمصطفى بتوقيع حجز على الحق المحال به تحت يد عزالدين بمبلغ 6000 دينار ، وبعد ذلك قام ابراهيم باعلان حوالته الى عزالدين ، وبعد أن اصبحت الحوالة نافذة في حق الغير ، قام رياض من ناحيته بصفته دائنا لمصطفى بتوقيع حجز ثان على الحق المحال به تحت يد عزالدين بمبلغ 6000 دينار .

.../...

(1) راجع السنهورى الوسيط الجزء 3 هامش ص 547 ، بودرى وسينات المرجع السابق ص 889 ، 890 حيث يذهبان الى القول : بأن الحكم الذى يصدر بصحة الحجز بمثابة حوالة قضائية للحق لأنه يجعل من الدائن الحاجز محال له حقيقي في حدود حقه ، ويصبح حقه حجة على الجميع منذ اعلان الحكم الصادر في هذا الشأن للمدين المحجوز لديه .

فما هي حقوق كل من منير بصفته الدائن الحاجز الأول ، وابراهيم بصفته محالا له ورياض بصفته الدائن الحاجز الثاني (1) ؟

أعتقد أن هذه الحالة ، هي أكثر تعقيدا من سابقتيها ، ذلك لأنها تطرح وجوب تطبيق مبدأين متعارضين ، وهما : المبدأ القاضي بأن أسبقية الحجز لا تكون سببا للأفضلية بين الدائنين الحاجزين ، ولا تمنع باقي الدائنين من توقيع حجوز أخرى ، والمبدأ القاضي بأن ملكية الحق المحال به تنتقل الى المحال له بمجرد أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير وفقا للقانون ، فيخرج بذلك هذا الحق من ذمة المحيل ، ولا يجوز لدائنيه بعد ذلك أن يكتسبوا حقا عليه ، ومن هنا تبدو الصعوبة كبيرة جدا في ايجاد الحل الملائم لهذا المشكل ، فوفقا للقواعد العامة يعتبر الحجز الاول صحيحا ، وحجة على المحال له ، لأنه تم توقيعه قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير ، بينما الحجز الثاني ، الذي تم توقيعه بعد أن اصبحت الحوالة نافذة في حق الغير ، يقع باطلا لانعدام محله ، غير أنه لا يوجد هناك أي سبب للمفاضلة بين الحاجز الأول ، والحاجز الثاني ، فكيف اذن يمكن الحاجز الثاني أن يستفيد من تطبيق هذا المبدأ ، دون المساس بحقوق المحال له ، والمبدأ الذي يحكمها ، ودون أن يؤدي ذلك الى الاضرار بحقوق الحاجز الأول ؟

لم يتضمن القانون الفرنسي حلا تشريعيا لهذه المسألة ، وترك الباب مفتوحا أمام اجتهادات الفقه ، والقضاء ، للبحث عن الحل الملائم لها ، فاحتدم الجدل بين رجال القانون حول الحل الملائم لهذه المشكلة ، وكان من نتيجة أن ظهرت

.../...

(1) وأريد أن الفت الانتباه هنا بأنني افترضت بأن الدائن الحاجز الأول لم يقم بعد باعلان المحجوز لديه بالحكم الصادر بصحة الحجز ، أن كان قد تمكن من استصدار حكم بصحة حجزه ، لأنه لو كان قد قام بذلك فانه يعتبر مالكا للحق المحجوز عليه في حدود مبلغ حقه المحجوز به ، ولا يمكن أن يزاحمه فيه أي شخص آخر كما سبق أن رأينا في المطلب الثاني من المبحث .

عدة حلول مختلفة ، تفاوتت حظوظها من استقطاب المؤيدين والمعارضين . (1)

ومنعا للتردد ، والاضطراب اللذين كان يمكن أن يقع فيهما الفقه والقضاء في البلاد العربية ، كما حدث في فرنسا ، فقد حسم المشرع العربي الموقف ، فوضع حلا تشريعيا لهذه المشكلة ، اذ نص المشرع الجزائري في المادة 250 / 2 من تقنينه المدني قائلا "وفي هذه الحالة ، اذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير ، فان الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر المبلغ الضروري لتكملة قيمة الحوالة لصالح المحال له . "أما المشرع المصري فقد نص في المادة 314 / 2 من تقنينه المدني قائلا "وفي هذه الحالة اذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير ، فان الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له ، والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به قيمة الحوالة . " أما المشرع اللبناني فقد نص في المادة 659 من تقنين أصول المحاكمات المدنية على أنه "اذا حدث بعد أول حجز لدى شخص ثالث وقبل كل حكم باثبات الحجز وكل قرار بحصر امتياز الحجز ، أنه أجرى أولا تفرغا عن الدين ثم حجز ثان ، فان المتفرغ له يأخذ نصيبه وقت التوزيع مع الحاجز الاول ويكون مقدما على الحاجز الثاني ، ويتم التوزيع على الوجه الآتي : تحدد أولا حصة الحاجز الاول باجراء توزيع نسبي بين ذوي الشأن الثلاثة ، ثم تعطي الزيادة للمتنازع بالأفضلية على الحاجز الثاني . "

.../...

(1) وسنعود لهذه الحلول فيما بعد .

ويترتب على هذا الحل التشريعي للفرض الذى سبق أن أوردته ، أن الحق المستحق لمصطفى في ذمة عزالدين وهو مبلغ 12000 دينار يجب أن يقسم بين ابراهيم بصفته محالا له ومنير بصفته الدائن الحاجز الأول ، ورياض بصفته الدائن الحاجز الثاني ، قسمة غرماء فتكون حصة الحاجز الاول (منير) على أساس تزاحم الدائنين الثلاثة هي 3000 دينار وتحدد كذلك حصة الحاجز الثاني (رياض) والمحال له على أساس هذا التزاحم فتكون حصة المحال له 6000 دينار ، وحصة الحاجز الثاني 3000 دينار • ثم تستكمل حصة المحال له من حصة الحاجز الثاني حتى يستوفي المحال له قيمة الحوالة ، فيستغرق بذلك حصة الحاجز المتأخر كلها دون أن يصل المحال له الى استيفاء كل قيمة الحوالة ، وتصبح حصة المحال له 9000 دينار •

وأعتقد أن عيب الحل التشريعي ، الذى أوردته التقنينات المدنية العربية ظاهر لا يخفي أمره على أحد ، ذلك أن الدائن الحاجز المتأخر وحجزه باطل لوروده على محل معدوم لا يجوز له أن يزاحم المحال له في حدود ما انتقل اليه بالحوالة بعد مزاحمة الدائن الحاجز المتقدم له واقتسامه معه للحق المحال به قسمة غرماء • ويقول الاستاذ السنهوري من أن الحاجز المتأخر وحجزه باطل لا يجوز أن يزاحم الحاجز المتقدم وحجزه وحده هو الصحيح ، وكان الواجب أن المحال له هو الذى يزاحم الحاجز المتقدم (1) وأعتقد أن هذا الرأى محل نظر ، ذلك لأن الحجز المتأخر يعتبر باطلا فقط في حدود الحق الذى سينتقل الى المحال له بالحوالة ويخرج من ذمة المحيل • أما في حدود الحق الذى حصل عليه الحاجز المتقدم من جراء تقسيم الحق بينه وبين المحال له قسمة غرماء • فان الحجز المتأخر يكون صحيحا لأن هذا الحق يعتبر لا زال قائما في ذمة المحجوز عليه وليس من أثر الحجز أن يخرج الحق من ذمة المحجوز عليه كما سبق أن رأينا ، ولهذا فان الحجز المتقدم لا يمنع باقي الدائنين من توقيع حجوز أخرى على الحق المحجوز عليه ما دام الحاجز المتقدم لم يقم باعلان الحكم الصادر بصحة الحجز — ان كان هناك حكم قد صدر — الى المحجوز لديه •

.../...

---

(1) راجع على الخصوص الاستاذ السنهوري الوسيط الجزء 3 ص 549 وهامشها •

وأعتقد أن أقرب حل للصواب هو الحل الذى توصل اليه الفقه والقضاء في فرنسا فوفق هذا الحل فان المحال له لا يخسر أى شيء بسبب الحجز اللاحق على اعلان الحوالة لانه يعتبر باطلا بالنسبة اليه ، ولا يمكن ان يزاحمه في الحق المحال به الا الحاجز الاول الذى سبق حجزه اعلان الحوالة فيقسم الحق بينهما قسمة غرماء فيكون نصيب المحال له 8000 دينار ونصيب الحاجز الاول 4000 دينار .

أما فيما يتعلق بتزاحم الحاجزين في حدود الحق الذى بقي في ذمة المحجوز عليه — وهو المبلغ الذى حصل عليه الحاجز الأول من تقسيم الحق بينه وبين المحال له — فالمبدأ يقضي بأن أسبقية الحجز لا يعطي أية افضلية لصاحبه على الحجز المتأخر وهذا ما يترتب عليه من وجوب تقسيم الحق المحجوز عليه بين الحاجز الأول ، والحاجز الثاني قسمة غرماء ، فيحصل كل منهما على نصيبه .

فلو كان الحاجز المتأخر قد حجز قبل اعلان الحوالة فان الحق الاصلي كان سيوزع بين الثلاثة — الحاجز الاول ، والمحال له ، والحاجز الثاني — فيحصل كل منهم على نصيبه من الحق بنسبة دينه ، فكان كل من الحاجزين سيحصل على مبلغ 3000 دينار وهذا ما كان سيؤدى الى نقصان نصيب المحال له الى 6000 دينار .

واذا كان المحال له قد قبض 8000 دينار ، فهذا يرجع الى ان الحجز الثاني قد جاء متأخرا فلا يجوز الاحتجاج به على المحال له ، ومن العدل أن يتحمل نتيجة هذا التأخر من كان سببا فيه فلا يمكنه — الحاجز الثاني — بسبب اهماله الشخصي أن يزيد من سوء وضعية الحاجز الاول الذى يحق له أن يحصل على كل ما كان سيحصل عليه في حالة ما لو كان الحاجز المتأخر ، أوقع حجزه في الوقت المناسب وتم اقتسام الحق المحال به بين الثلاثة قسمة غرماء . وعليه فان الحاجز الاول يجب أن يحصل على 3000 دينار ، ولا يبقى للحاجز الثاني حينئذ الا 1000 دينار .

وبهذه الطريقة تكون كل المبادىء القانونية قد تم تطبيقها ويكون كل شخص قد حصل على حقوقه وفقا لهذه المبادىء القانونية ، فتتحقق بذلك المساواة بين الجميع .

.../...

فالمحال له يحصل على حصته التي كان يجب أن يحصل عليها بتقسيم الحق بينه ، وبين الحاجز الأول ، لانه الوحيد الذى لا يجوز للمحال له ان يحتج عليه بحوالته لان حجزه كان سابقا على اعلان الحوالة . أما الحاجز الاول فانه يحصل على حقه ، كما لو كان الحاجز الثاني قد اوقع حجزه في الوقت المناسب ، اى قبل ان تصبح الحوالة نافذة في حق الغير . أما الحاجز الثاني فانه يحصل على مبلغ اقل من حصته العادية ، ولكنه لا يجوز له أن يحتج لانه كان مهملا فلو كان الحاجز الأول في مثل درجة اهماله ، وتقصيره وحجز بعد أن اصبحت الحوالة نافذة في حق الغير ، فان المحال له كان سيستأثر بكل الحق المحال به ولا يحصلون هم على أى شيء .(1)

والى جانب هذا الحل ، الذى أعتقد أنه ، أقرب الحلول الى الصواب - والذى آمل ان يأخذ به المشرع العربي في المستقبل ان لم يتوصل الى حل أفضل منه - هناك حلول اخرى . قال بها بعض الفقه ، والقضاء في فرنسا ، لكن لم يكن لها صدى كبير نظرا لما انطوت عليه من عيوب . ويمكنني اجمال هذه الحلول فيما يلي :

<u>الحل الأول :</u> يذهب أصحاب هذا الحل الى القول ، بأن ملكية الحق المحال به تنتقل الى المحال له ، بمجرد أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير ، وعليه فان الحجز المتأخر يقع باطلا لانعدام محله ، ويترتب على ذلك أن الحق المحال به يقسم بين الحاجز الاول والمحال له قسمة غرماء ، فيكون للحاجز الاول 4000 دينار وللمحال له 8000 دينار ، أما الحاجز المتأخر فلا يأخذ أى شيء لبطلان حجزه .

ويؤخذ على هذا الحل ، أنه لا يأخذ بعين الأعتبار ، المساواة بين الدائنين الحاجزين ، ويخرق بذلك المبدأ القاضي بأن الحجز لا ينقل الحق المحجوز عليه للحاجز مادام لم يستصدر حكما بصحة حجزه . ويعلنه للمحجوز لديه ، كما أن أسبقية الحجز لا تعتبر سببا للأفضلية بين الدائنين الحاجزين .(2)

.../...

(1) راجع في هذا الحل على الخصوص بودرى ، وسينات المرجع السابق ص895 بلانيول وريبير المرجع السابق ص526 ، مارتي ورينو المرجع السابق ص822 ، والاخوة ، مازو المرجع السابق ص1031 وراجع كذلك الاحكام المشار اليها في هوامش هذه المراجع .

(2) راجع بودرى وسينات المرجع السابق ص892 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص525 ، مارتي ورينو المرجع السابق ص821 كولان وكابيتان المرجع السابق ص468 ، اليكمروتيرى المرجع السابق ص999 .

الحل الثاني : أما أصحاب هذا الحل فيذهبون الى القول بأن الحاجز المتأخر لا يزاحم الا الحاجز المتقدم ويترتب على ذلك أن الحق المحال به يقسم بين الحاجز الاول والمحال له قسمة غرماء ، فيكون للحاجز الاول 4000 دينار ، وللمحال له 8000 دينار ، وبعد ذلك ، يقسم نصيب الحاجز المتقدم بينه ، وبين الحاجز المتأخر قسمة غرماء ، فيحصل كل منهما ، على 2000 دينار .

لقد طبق هذا الحل المبدأ القاضي بأن الحجز لا ينقل الملكية للحاجز ، ولا يعتبر سببا للافضلية . ولكن عيبه يكمن في أنه يحمل الحاجز الأول ، نتيجة تأخر الحاجز الثاني ، وهذا ليس من العدل ، فلو كان الحاجزين قد اوقعا حجزهما قبل اعلان الحوالة فانهما سينتزعان من حق المحال لأكثر مما انتزعه حجز واحد ، وكان الحق سيقسم بينهم قسمة غرماء - فهل من العدل ان يحصل الحاجز الاول على مبلغ اقل لأن الحاجز الثاني قد تأخر ، فيتحمل بذلك الحاجز الاول نتيجة هذا الاهمال ؟ أليس من العدل أن يكون الحاجز الثاني هو الذى يتحمل نتيجة تأخره ؟ (1)

الحل الثالث : ويذهب أصحاب هذا الحل الى القول بأنه لافرق بين الحاجز المتقدم والمحال له ، والحاجز المتأخر ، فهم جميعا يعتبرون دائنين حاجزين ، ويقسم الحق المحال به بينهم ، قسمة غرماء ، فيحصل المحال له على 6000 دينار ، والحاجز المتقدم على 3000 دينار ، والحاجز المتأخر على 3000 دينار .

وعيب هذا الحل أنه يتجاهل المبدأ القاضي بأن اعلان الحوالة الى المحال عليه يترتب عليه انتقال الحق المحال به الى المحال له ، وخروجه من ذمة المحيل ، ومنذ لحظة الاعلان لا يجوز لدائني المحيل أن يوقعوا حجزا على هذا الحق ، وان فعلوا كان حجزهم باطل لانعدام محله . (2)

الحل الرابع : أما أصحاب هذا الحل فيذهبون الى القول بأن الحاجز المتأخر ، لا يزاحم الا الحاجز المتقدم ، ويترتب على ذلك ان الحق المحال له يقسم بين الحاجز المتقدم ، والمحال له قسمة غرماء ، فيحصل المحال له على 8000 دينار ، ويحصل الحاجز المتقدم على 4000 دينار

.../...

---

(1) ، (2) راجع في كل هذه الحلول : بودري وسينات المرجع السابق من ص890 الى 895 ، بلانيول وريبير المرجع السابق ص525 وما بعدها ، مارتي ورينو المرجع السابق ص821 وما بعدها ، الاخوة

ثم أن الحاجز المتقدم يجب عليه أن يقتسم نصيبه مع الحاجز المتأخر قسمة غرمــاء فيحصل كل منهما على 2000 دينار ، ثم يرجع الحاجز المتقدم على المحال له ، ليطالبه بتكملة الفرق ، بين المبلغ الذى حصل عليه ، والمبلغ الذى كان سيحصل عليه ، لو قسم الحق بين الثلاثة قسمة غرمـاء ، فيحصل بذلك من المحال له على تعويض مقداره ، 1000 دينار لتصبح حصته 3000 دينار .

وعيب هذا الحل ظاهر ، لا يخفي أمره على أحد ، فعلى أى أساس يقيم اصحاب هذا الرأى رجوع الحاجز الأول على المحال له لمطالبته بالتعويض ليستكمل نصيبه (1) ؟ هل أنه أخطأ لأنه أعلن حوالته قبل الحجز المتأخر ؟ ؟

الاخوة مازو المرجع السابق ص 1031 ، كولان وكابيتان المرجع السابق ص 468 ، اليكس وتيرى المرجع السابق ص 999 وما بعدها .

(1) نفس المراجع المذكورة اعلاه .

الخـــاتمـــــة

واختم هذه الدراسة ، لموضوع حوالة الحقوق الشخصية ، بحصر النتائج التي توصلت اليهـا .

أولا : لقد استعرضت في بداية هذه الدراسة ، التطور التاريخي لفكرة حوالة الحقوق الشخصية ، فتبين لي أن القانون الروماني لم يعرفها في بداية الأمر ، وذلك بسبب مفهوم الالتزام الذى كان جسم المدين عنصرا من عناصره ، فلا يمكن فصله من عاقديه . بالاضافة الى الشكلية ، بحيث ان الذى لا يشارك فيها لا يمكنه أن يكون صاحب العلاقة القانونية ، كذلك فان الاوضاع الاقتصادية الزراعية للمجتمع الروماني ، القائمة على الاقتصاد المغلق لم تكن تستدعي البحث عن وسائل قانونية لتداول الحقوق .

وقد أدت الفتوحات الرومانية ، الى ظهور اقتصاد قائم على التبادل التجاري فكثرت المعاملات ، كما ترتب على الحروب بين روما ، وقرطاجنة ، تغيب كثير من الرومان عن أوطانهم ، وقد صاحب هذه التغيرات المادية ، تطور على الصعيد الفكري ، فأصبح محل التنفيذ ذمة المدين لا جسمه ، وقد تضافرت كل هذه العوامل ، لتدفع بالفقهاء الرومان الى البحث عن حيل قانونية للخلافة الخاصة في الحقوق الشخصية بين الاحياء فاهتدوا الى نظامين قانونيين هما : التجديد ، والتوكيل بالقبض ، ولو أنهما كانتا وسيلتين ناقصتين لا تؤديان وظيفة حوالة الحق المعروفة في القوانين الحديثة .

كذلك فان القانون الفرنسي القديم لم يعرف نظام حوالة الحق ، لكنه عرف بدلا منها نظام التوكيل بالقبض الذى طوره حتى أصبح يعتبر حوالة ضمنية ، ويعتبر التوكيل بالقبض المصدر التاريخي لحوالة الحق ، التي عرفها ، ونظم أحكامها قانون نابليون فيما بعد ، ومنه انتقلت الى مختلف التشريعات العربيـة .

ثانيا : وقد تبين لي أن التشريعات الحديثة ، أجازت حوالة الحق الشخصي بين الاحياء ، على أساس النظرة المادية ، التي أوجدت تقاربا كبيرا بينه ، وبين الحق العيني ، اذ أصبح الحق الشخصي ، يمثل قيمة اقتصادية في ذمة صاحبه ، ككل القيم الاقتصاديـة ،

.../...

وصار من الممكن فصله عن شخصية صاحبه ، فأصبحت ترد عليه سائر التصرفات التي ترد على الحق العيني . وما دامت الثروة الحقيقية في وقتنا الراهن ، تتكون أساسا من مجموع الحقوق الشخصية ، والقيم المنقولة ، فمن المنطقي تشجيع فكرة حوالة الحق رسميا بالنص عليها صراحة في صلب التقنينات المدنية الحديثة . وقد نظم المشرع العربي أحكامها في صلب النظرية العامة للالتزام . بينما نظمها المشرع الفرنسي بصدد تنظيمه لاحكام عقد البيع ، وهو تبويب غير مستقيم لأنه يجافي الواقع العملي لوظيفة الحوالة ، التي يمكن أن تكون بيعا ، أو هبة ، أو رهنا ....الخ . ولهذا رأيت أنه من المستحسن أن يعمد المشرع الفرنسي، الى فصل موضوع حوالة الحق عن عقد البيع ، لأن مكانها الطبيعي هو النظرية العامة للالتزام .

ثالثا : لقد تبين لي، أن لحوالة الحق صورة واحدة، بالرغم من تنوع مقاصدها وأيا كان الغرض من الحوالة ، وأيا كان العقد الذى تشكلت بشكله، فان تعيين القواعد القانونية الواجبة التطبيق يناط بطبيعة التصرف الذى كانت الحوالة أداة لتحقيقه ، وهذا ما أدى الى ازدواجية القواعد القانونية التي تحكمها . فهناك قواعد يختلف حظها من التطبيق تبعا لطبيعة العقد المراد ابرامه ، ومن ذلك قواعد الضمان ، غير أن هناك قواعد يتعين تطبيقها في جميع الاحوال ، وعلى جميع العقود ، كما هو الشأن في القواعد المتعلقة بشروط نفاذ الحوالة في حق الغير .

رابعا : وقد تبين لي، أن نظام حوالة الحق ، له كيان قانوني مستقل ، ومميزات جوهرية تعمل على ظهوره كبناء قانوني متماسك يتميز عن الانظمة القانونية الاخرى التي تشتبه به كثيرا .

وتساهم روح المضاربة التي تنطوى عليها حوالة الحق ، غالبا في تمييزها عن باقي الانظمة القانونية الأخرى، التي لا يمكن فيها لمن يحل محل غيره أن يسترد الا ما دفعه فعلا .

خامسا : لقد تبين لي، أن حوالة الحق تصرف قانوني يتم بين المحيل والمحال له بمجرد توافق ارادتهما ، ودون تدخل من المحال عليه ، فمشاركته غير ضرورية ، لأنه لا شأن له بالعقد الذى تم .

.../...

ومادام المحال عليه غيرا بالنسبة لعقد الحوالة ، ومشاركته غير ضرورية ، فان القواعد العامة كفيلة بجعل دوره سلبيا بالنسبة للعقد الذى تمت به الحوالة ، وبالتالي فـان النص عليه يكون من باب تحصيل الحاصل ، وتجنبا للتكرار ، اقترح حذف الجزء الأخير من المادة 239 مدني جزائري .

سادسا : وقد تبين لي أن عقد الحوالة يخضع في قيامه للشروط العامة التي يخضع لها أى عقد آخر من رضا ، ومحل ، وسبب ، وشكلية اذا كان العقد الذى استعملت الحوالة لانجازه يتطلب شكلا ويخضع عقد الحوالة كذلك للشروط العامة لصحة العقود ، من أهلية ، وسلامة الارادة من العيوب التي تشوبها ، كالغلط ، والاكراه ، والتدليس .

سابعا : وقد تبين لي أن لحوالة الحق محلا مزدوجا هما : المحل الفعلي ، والمحـل الرسمـي .

فالمحل الواقعي ، هو كل الحقوق التي كان من المفروض أن يشتمل عليها هـــذا النظام ، فكان من المفروض أن يعم سلطان قواعده ليحكم الاستخلاف بين الاحياء فـــي جميع الحقوق دون تمييـــز بينها ، لا من حيث وعاؤها ، ولا من حيث مصدرها ، ولا مـــن حيث طبيعتها ، فالنشأة والغاية التي وجد من أجل تحقيقها كافيان لحملنا علـــى هذا التصـــور المنطقـــي .

أما المحل الرسمي فهو الذى حدده المشرع في التقنين المدنـي ، وهو مجـــال ضيق للغاية ، اذ لا يكفي أن يكون هناك استخلاف في الحق الشخصي لاعمال قواعـــد هذا النظام ، بل يجب أن يكون هذا الاستخلاف قد تم بين الاحياء ، وأن يكون محل هذا الاستخلاف حقـا شخصيـا مدنيـا .

والأصل في الاستخلاف هو أن يرد على كل الحقوق الشخصية المدنية ، أيا كـــان محلها ، وان كان الغالب أن يرد على حق شخصي محله استيفاء مبلغ من النقود .

وقد أورد المشرع العربي ثلاثة استثناءات استبعد فيها انتقال الحق الشخصـي نهائيا ، مع أن من الممكن الاخذ بها وتطبيقها دون النص عليها ، ولتجنب التكـــراره فان حذفها يكون أفضل .

.../...

ثامنـــا : لقد تبين لي أنه لا يكفي أن تنعقد الحوالة صحيحة بين طرفيهـــا لتكون نافذة في حق الغير ، وحجة عليهم ، بل يجب أن يتم شهرها ، وقد رصد المشرع الأدوات القانونية الكفيلة بشهرها ، وهي اما اعلان المحال عليه بها، أو قبوله لهـــا ضمن الشروط والاوضاع المحددة قانونا . أمـا قبل ذلك فلن يكون للحوالة أي أثـــر بالنسبـة للغير ، ولا يجوز للمحال له الاحتجاج بها عليهـم .

ويلاحظ انه لافرق بين هاتين الوسيلتين من حيث قيمتهما القانونية ، فاجـــراء احداهما يغني عن اجراء الأخرى ، غير أن القبول بدون تحفظ يترتب عليه عدم جـــواز تمسك المحال عليه بالدفع بالمقاصـــة .

ووفقا للنصوص التشريعية فان العلم الفعلي لا يغني عن العلم القانوني لجعـــل الحوالة نافذة في حق الغير ، وقد أيد الفقه ، والقضاء المشرع في موقفه ورفضا بشـــدة فكرة العلم الفعلي كفكرة بديلة عن العلم القانوني ، غير أنهما جعلا العلم الفعلي كافيا لجعل الحوالة نافذة في حق الغير ، واذا كان منطويا على فعل مكون للغش ، كأن يعمد مثلا المحال عليه ، أو المحال له الثاني وهو عالم بالحوالة الى التعامل في الحق المحال به متواطئا مع المحيل للاضرار بالمحال له الأول . وقد اختلف حول ما يعتبر غشا . فهناك من قال بأن العلم الفعلي في حد ذاته يعتبر مكونا للغش ، ومنهم من ذهب الى القول بأن العلم الفعلي في حد ذاته لا يعد مكونا للغش ، ففي الغش يجب أن يكون هنـــاك عمل تدليسي بقصد الاضرار بالغـــير .

تاسعا : وقد تبين لي، أنه يترتب على شروط نفاذ الحوالة وضع شاذ ، ذلك أن الشخص الواحد يعتبر مالكا، وغير مالك في الوقت ذاته ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فان وسائل الاعلام لا تلعب الدور الكامل الذى وظفت من أجله ، فان كانت تعتبر شهـــرا كاملا بالنسبة للمحال عليه ، فانها بالنسبة للغير لا تعدو كونها اجراءات غير مباشـــرة ، فالحوالة بالنسبة اليهم تبقى دائما في الخفاء .

واذا كان المشرع قد ركز شهر واقعة الحوالة في المحال عليه . فليس باعتباره طرفا فيهـــا ، وانما باعتباره مصدر معلومات بالنسبة للغير ، غير أنه لا يوجد أى نص يلزمـــه

.../...

مباشرة باخبار باقي الاغيار بحالة الحق الموجود في ذمته ، وبالتالي فهو معفي من هذه الخدمة المجانية ، التي قد تكلفه وقتا ، وجهدا . ولتصحيح هذه الوضعية الشاذة اقترح الحلول التالية :-

- حذف المواد المتعلقة بشروط نفاذ الحوالة في حق الغير ، وتقرير أن الحوالة تصبح نافذة في حق الغير بمجرد انعقادها .

- وان كان لابد من الابقاء على فكرة شهر التصرفات التي يكون محلها حقوقا شخصية فمن الضروري ايجاد نظام شهر كامل يتجنب عيوب نظام الشهر الحالي ، وذلك بوضع سجل خاص لشهر الحوالات لدى كتابة الضبط على مستوى كل محكمة .

- وعلى كل حال فاذا كان المشرع في كل من الجزائر ، ومصر ، مصرا على موقفه فلا بد أن يعمد الى تصحيح هذه المادة ، وأن يعامل جميع الاغيار معاملة واحدة دون تمييز بين المحال عليه وباقي الأغيار .

عاشرا : وقد تبين لي أن الحوالة تخضع في آثارها كما في قيامها للقواعد العامة التي تحكم آثار العقد الذى تشكلت بشكله ، فان كانت بيعا ترتبت عليها آثار عقد البيع ، وان كانت هبة ترتبت عليها آثار عقد الهبة .

وقد اقتضت طبيعة محل عقد الحوالة ، قيام علاقات قانونية مختلفة بين المحيل والمحال له من ناحية ، وبين المحال له والغير من ناحية أخرى .

أحد عشر : لقد تبين لي أن أثر الحوالة بين المحيل والمحال له يتمثل في انتقال الحق المحال به بمجرد انعقاد العقد ، باعتباره من المنقولات المعنوية المعينة بالذات ، لكن ليس من أثر الحوالة أن تغير من طبيعة الحق ، فيظل كما كان في ذمة المحيل ، كذلك فان الحوالة تشمل بحكم القانون كل ضمانات الحق المحال به وتوابعه .

اثنى عشر : وقد تبين لي أنه حتى يتمكن المحال له من مباشرة سلطاته على الحق المحال به دون أن يمنعه من ذلك أى عائق ، فلا يكفي تسليمه السندات المنشئة

.../...

للحق أو المثبتة له ، بل يجب ، زيادة على ذلك ، أن يسلم اليه ما يدل على اعلان المحال عليه بالحوالة ، أو قبوله لهـا ، أو أن تقدم له التسهيلات اللازمة للقيام بذلك ، كاعطائه عنوان المحـال عليـه مثـلا .

ثلاثة عشـر : لقد تبين لي أن أثر الالتزام بالضمان في باب الحوالة يختلف باختلاف العقد الذى تشكلت الحوالة بشكله ، ولهذا فان تعيين قواعد الضمان الواجبة التطبيـق يناط بطبيعة التصرف الذى تم ابرامـه ، تبرعـا أو معاوضـة .

وفي جميع الأحوال ، فان المحيل يلتزم بحكم القانون بضمان كل أفعاله الشخصيـة سواء كانت الحوالة بعوض أو بغير عوض ، وكل اتفاق على خلاف ذلك يكون باطـلا .

كذلك يضمن المحيل في الحوالة بعوض ، وبحكم القانون ، وجود الحق المحال به ، وتوابعه ، مالـم يتفق على خلاف ذلك ، غير أنه لا يترتب هذا الضمان اذا كان الحـق المحال به متنازعـا فيـه .

ولا يضمن المحيل بحكم القانون يسـار المحال عليه ، لا وقت الحوالة ، ولا وقـت استحقاق الحق المحال به ، مالـم يتفق على خـلاف ذلـك .

أما في الحوالة بدون عوض ، فقد تبين لي أن أحكام الهبة هي التي يجب أن تطبق اذا انطوت الحوالة على عقد هبة بدون مقابل ، فلا يضمن المحيـل وجود الحق المحـال به ولا توابعه وقت الحوالة مالم يتفق على خـلاف ذلك .

وأقترح بهذا الصدد حذف الفقرة الثانية من المادة 244 مدني جزائرى لأنها تردد حكم القواعد العامة وان كان لابد من الابقاء عليها ، فيجب أن تضاف اليهـا العبارة التالية : " مالم يتفق على خلاف ذلك " حتى تصبح منسجمة مع القواعد العامة في هـذا الشـأن .

أربعة عشـر : وقد تبين لي أنه اذا تحقق الضمان ورجع المحال له على المحيـل سواء بناء على أحكام الضمان القانوني ، أو بناء على أحكام الضمان الاتفاقي فلا يلزم المحيل الا بـرد ما استولـى عليه من ثمن للحوالة ، بالاضافة الى المصروفات التي تسببت فيها .

.../...

وقد قلت بأن هذا الحكم غير مستساغ ، ومن الأفضل تعديله ليصبح منسجما مع القواعد العامة ، وعليه ، اقترح ما يلي :

يجب التمييز في الرجوع بالضمان ، بين الرجوع بسبب عدم وجود الحق ، وبين الرجوع بسبب اعسار المحال عليه في حالة ضمان يساره ، فيرجع في الحالة الأولى بالقيمة الاسمية للحق المحال به ، كما هو الشأن في لبنان وفرنسا ، ولا يرجع في الحالة الثانية الا بما بذل ثمنا للحوالة بالاضافة الى المصروفات .

خمسة عشر : لقد تبين لي أن للمحال له ، خروجا على القواعد العامة ، أن يتخذ كل الاجراءات الضرورية للمحافظة على حقوقه ان هو خشي ضياعها وذلك قبل أن تصبح حوالته نافذة في حق الغير .

وبمجرد صيرورة الحوالة نافذة في حق الغير ، ينتقل الحق المحال به كما كان في ذمة المحيل ، بكل صفاته وضماناته وتوابعه الى المحال له ، الذى يصبح من حقه أن يطالب المحال عليه بالقيمة الأسمية للحق ولو كان قد حصل عليه بثمن أقل ، غير أنه اذا كان حقا متنازعا فيه ، فللمحال عليه أن يتخلص من مطالبة المحال له برده له الثمن الذى اشترى به الحق .

وبالمقابل يجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بكل الدفوع التي كان يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه . ولكنه لا يستطيع أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة لأنه ليس طرفا فيها ، والأصح هو أنه يستطيع أن يتمسك بالدفوع التي كانت له هو نفسه قبل المحال له . ولهذا أقترح تعديل صياغة المادة 248 مدني جزائري على النحو التالي : " يجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه ، كما يجوز له ان يتمسك بالدفوع الخاصة بالمحال له وحده " . وهذا ما كان ينص عليه المشرع المصرى في مشروعه التمهيدى .

ستة عشر : وقد تبين لي، أنه اذا كان الحق الواحد موضوع حوالتين متتاليتين ، فنكون أمام تزاحم حوالتين حول نفس الحق ، غير أن هذا التزاحم لا يطرح أى مشكل ، لأنه

.../...

يفضل المحال له الذى بادر الى العمل بمقتضى القانون لجعل حوالته نافذة فـــي حق الغــــير وحجــة عليهــم .

واذا كانت هذه نتيجة بديهية تترتب على نص المادة 241 مدني جزائري فـــان نص المادة 250 مدني جزائرى ماهو الا تحصيل حاصل ، وليس لوجودها أو عدمه أي أثـر ، وتجنبا للحشو والتكرار ، أقترح حذف المادة 250 مدني جزائرى .

سبعة عشـــر : وقد تبين لي أنه اذا أوقع أحد دائني المحيل حجزا على الحـــق المحال به تحت يد المحال عليه ، بعد أن أصبح للحوالة تاريخ نفاذ ثابت علـــــى الوجه المبيــن في القانـــون ، فان الحجــز يقــع باطـــلا لوروده على محل معدوم .

واذا أوقع الحجز على الحق المحال به قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير فان الحجز يكون صحيحا ونافذا في حق المحال له . وتعتبر الحوالة بمثابة حجـــز متأخر ، لأن الحجز المتقدم لا يمنع من توقيع حجوز أخرى ، ولا يعتبر سببا للأفضليـــة فيقسم الحق بين الدائن الحاجز والمحال له قسمة غرماء .

واذا وقعت الحوالة بين حجزين ، فقد تبين لنا عيب الحل التشريعي الذى أخذ به المشرع العربي ، ولهذا أقترح الحل التالي : اذا وقعت الحوالة بين حجزيـــن فان المحال له لا يزاحمه الا الحاجز الأول ، فيقسم الحق بينهما قسمة غرماء ، أمـــا الحاجز الأول فيزاحمه في الحق الذى حصل عليه الدائن الحاجز الثاني ، ويقسم الحق بينهما على أن يأخذ الحاجز الأول حقه كما لو كان الحاجز الثاني قد أوقع حجـــزه في الوقت المناسب وتـم توزيـع الحق بين الحاجز الأول ، والمحال له ، والحاجـــز الثانـــــي .

تـم بعـــون اللـــه وتوفيقـــه

المـراجـــع

أولا : المراجع باللغة العربية:

1 - المؤلفات:

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري :

- الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 3 طبعة 1958
- " " " " 1 " "
- " " " " 4 " "
- " " " " 6 المجلد 1 "
- نظرية العقد " "
- عقد الايجار بدون تاريخ

2 - سليمان مرقس :

- شرح القانون المدني الجزء 2 طبعة 1964
- عقـــــد البيـــــع طبعة 1966

3 - زهدي يكن :

- شرح قانون الموجبات والعقود الجزء 6 دار الثقافة
- " " " 7 المجلد 2 "
- " " " " 5 المجلد 2 "

4 - شفيق شحاته :

- حوالة الحق في قوانين البلاد العربية طبعة 1954
- نظرية الالتزامات في القانون الروماني طبعة 1968

5 - محمد حسنين :

- الوجيز في النظرية العامة للالتزام طبعة 1983
- عقد البيع في القانون المدني الجزائري طبعة 1983
- طرق التنفيذ في قانون الاجراءات المدنية الجزائري طبعة 1982

6 - اسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام الجزء 2 طبعة 1967

7 - مصطفى أحمد الزرقاء شرح القانون المدني السوري الجزء 2 طبعة 1965

8 - سمير عبد السيد تناغو نظرية الالتزام طبعة 1975

9 - محمود جمال الدين زكي نظرية الالتزام

10 - صبحي المحمصاني انتقال الالتزام طبعة 1958

11 - عبد الحي حجازي أحكام الالتزام بدون تاريخ

12 - أحمد ابو الفتح المعاملات في الشريعة الاسلامية الجزء 2

13 - شفيق الجراح دراسة في تطور الحقوق الرومانية ومؤسساتها طبعة 1973

14- جانوسب الحكيم — عقد البيع — طبعة 1970
15- جميل الشرقاوي — شرح العقود المدنية "البيع والمقايضة" — طبعة 1966
16- عبد الفتاح عبد الباقي — الوسيط في التأمينات العينية — طبعة 1984
17- مصطفى محمد الجمال وجلال علي العدوي — أصول المعاملات — بدون تاريخ
18- جمال الدين طه العاقل — عقد الدين بين الفقه الإسلامي والقانونية المدني — طبعة 1978
19- مصطفى السباعي وعبد الرحمن الصابوني — الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والته
20- حسن علام — الوجيز في القانون القضائي الجزائري الجزء 1 — طبعة 1972
21- عوشي بن ملحة — القانون القضائي الجزائري الجزء 2 — بدون تاريخ
22- بكوش يحيى — أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامية 1981
23- عبد المنعم فرج الصدة — أصول القانون — طبعة 1972
24- علي جمال الدين عوض — الأوراق التجارية وعمليات البنوك — طبعة 1978
25- الياس حداد — القانون التجاري — طبعة 1981
26- رزق الله الانطاكي — السفتجة أو سند السحب — طبعة 1965
27- مصطفى كمال طه — الوجيز في القانون التجاري — بدون تاريخ

(ب). المقالات والمطبوعات:

1- علي علي سليمان — تعليق على شرط التحقق الوارد في القانون المدني الجزائري 1979
2- ثروت أنيس الاسيوطي — محاضرات النظرية العامة للالتزام 1977/1978

ج- المجلات والنشرات:

1- مجلة المحاماة
2- مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية
3- مجموعة عمر
4- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجزء 3.
5- الميثاق الوطني الجزائري.

د- التشريعات:

1- التقنين المدني الجزائري الصادر بالأمر 75-58 بتاريخ 6 سبتمبر 1975.
2- تقنين الإجراءات المدنية الجزائرية الصادر بالأمر 66-154 بتاريخ 8 جوان 1966.
3- التقنين التجاري الجزائري الصادر بالأمر 75-59 بتاريخ 26 سبتمبر 1975.
4- الأمر 73-14 المؤرخ 3 إفريل المتعلق بحق المؤلف.
5- قانون التوثيق الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1970.
6- التقنين المدني المصري الصادر بالقانون 131 لسنة 1948.

ثانياً :- المراجع باللغة الفرنسية :

(1) - المؤلفات :

1-G. Baudry-La cantimerie.et L.SAIGNAT — Traité theorique et pratique de droit civil T.19 . EDITION 1908

2-H.L.J. MAZEAUD — Leçon de droit civil.T.2 edition 1966

3-M.PLANIOL et G.Ripert — Traité pratique de droit civil Françai T.7

4-COLIN et CAPITANT — Traité de droit civil.T.2 Edition 196

5-DE PAGE — Traité élémentaire de droit civil Be T.03 Edition 1936

6-P. VOIRIN — Manuel de droit civil. T.1 Edition 19

7-AUBRY et RAU — Droit civil Français T.5 Edition 194

8-BORIS STARCK — Droit civil "obligations" Edition 197

9-G. MARTY et P. RAYMAUD — Droit civil T.2 Edition 1962

10-A. WEILL et F. TERRé — Droit civil "obligations" Edition 197

11-G. FARJAT — Droit Privé de l'économie T.2 Edition 1975

12-J. CARBONNIER — Droit civil Français T.4 Edition 1972

- الرسائل الجامعية :

1- C. LAPP — Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier. These 1950 Strasbourg

2- S. COMPION — De la connaissance aquise par les tiers d'un transfert de créance non signifié. These lille 1909

- المقالات والتعليقات :

1- Loussouarm — transmission desobligations — revue trimisrielle de droit civil 1974

2- Démogue. — Droit eventuels — " " " 1905-1906

- المجلات :

1- encyclopédie dalloz "céssion de créance" 1950

2- Dalloz

3- Dalloz périodique

4- Dalloz hebdomadaire.

5- Sirey

6- Gazette du Palais

7- Juris classeur

- التشريعات :

1- CODE civil FRAnçAIS Dalloz 1978-79

الفهـــــرس
****

الصفحـــة

البـــاب الأول
****

أركـــان حـــــــوالـــة الحق
****

الصفحـــة

الباب الثاني
****

نفاذ الحوالة
****

الباب الثالث
****

أثار الحوالة
****

النهــــــــايــــة

I

ملحق بالتصويبات

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
1	5	اكتئابة	اكتئابيه
2	13	اول	أو
3	24	أخصمها	خصمها
هامش 3	4	كتباه	كتابه
9	11	الذى	التي
11	6	ذهبت	ذهبت اليه
14	14	تنفع	تصفح
هامش 15	1	الاشارة أن	الاشارة الى أن
16	5	ميلهنا	ميلهما
17	2	أنهما تطغي	أنهما تطغى
17	17	يحجزا	يحجزوا
19	17	يفترز	يفترض
هامش 21	1	التزام	الالتزام
هامش 21	8	عامل	عمل
27	15	ي	في
34	15	يحمل	يحمل فيها
هامش 2 34	1	تجر	تجدر
35	2	كانت تناقض	كان يناقض
38	12	المطلب السبب بهما	المطلب السبب به
43	10	هو	هم
47	22	المعرف	التعرف
52	7	العقد التي	العقد الذي
هامش 54	1	بين ...	بين الاف
57	19	ازواجية	ازدواجية
58	11	لاشارة أن	الاشارة الى
65	15	جموعه	فان ربوع
58	11	يقتضي	يخلص

II

تابع

ملحق بالتصحيح

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
68	14	الدائن استوفى	الدائن الذي استوفى
68	15	ثم حاول	ثم حول
69	16	بينهما	بينهما
هامش 2 72	7	التي مصدرا	التي يعتبر مصدرا
هامش 1 73	7	ديني	دين
74	1	اذ	اذا
75	4	التساول له	المتنازل له
هامش 5 78	5	اشترط المصلحة	اشتراط لمصلحة
92	22	بالمساولة	بالمساواة
هامش 2 94	2	( ) ( ) ( )	(D) (J C P) (D.H)
96	9	DE FRONDEMENT OU DE CERME	DE FONDEMENT OU DE GERME .
101	19	في وضع وحدد	في وضع حد
102	10	بماهضة	بماهظة
102	18	يولتزم	يلتزم
110	1	رضائي	رضائيا
115	7	من حيث قيمتها	من حيث قيمتهما
116	18	بعاملوهم	بعاملاتهم
125	5	حجزها للمدين	حجزها للمدين
125	14	أو برسالة	أو برسالة مسجلة
126	11	وضحت	أوضحت
131	6	ذي فائدته	ذي فائدة
131	10	تحت المدين	تحت يد المدين
131	17	حجزها للمدين	حجزها للمدين
135	8	عاموهم	عاملاتهم
137	12	الميحل	المحيل
137	19	كما يصبح	كما يصبح
138	15	غالبهم	فالمهم

III

تابع

ملحق بالتصحيح

===============

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
141	5 ، 6،10	المنصرف	المتصرف
142	7	لتلاقي	لتلافي
142	8	العيب المنقول	العيب في المفقود
142	11	لا تنتقل	لا تنقل
142	13	بنوعيها	بنوعها
142	20	يفقد	فقد
145	17	التملك الجديد	المالك الجديد
148	3	العلن الفعلي	العلم الفعلي
152	1	وجاراته	ومجاراته
163	8	المذين	اللذين
164	4	السند محبور	السند مبررا
165	5	يحكمها مبدأ	يحكمه مبدأ
168	6	على شهادة	يحصل على شهادة
172	9	لكية	ملكية
175	5	من منقولات	من المنقولات
176	8	التفرع ينتقل	التفرع ينقل
184	6	تجميه	تحميه
185	16	فالمال به	فالمال له
189	5	كما هي المال عليه	كما هي الحال
189	12	المقدار المبير	المقدار المبيع
199	12	لا يمكن أن تكون	لا يمكن أن تكون الا
201	4	من ملك	في ملك
202	18	قيام مسؤولية	قيام مسؤوليته
221	1	الا تفاق	الا تفاقي
225	10	فيما عدا	الا
183	20	كا و فاؤه	كان وفاؤه
235	16-	ضرورة الحماية	ضرور بالحماية
237	8	يحترق	يحترق بها

IV

تابع

ملحق بالتصحيح

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
187	13	السدائن الجديد	السدائن الجديد
188	13	أويين	أو من
188	13	بالتخاذ	باتجاد
241	13	امطالبة	للمطالبة
241	23	القانون	القانوني
244	3	العلم العلمي	العلم الفعلي
244	17	حجز	حجزا
245	6	على انقضائها	على انقاضها
246	13	المحيل عليه	المحال عليه
250	15	احدهما	احداهما
250	17	يلتم	يقتسم
251	11	تزاحم	التزاحم
252	1	يمن	يمد
252	5	أن كل	أن كلا
253	12	لا اى	لأى
253	18	الغزبي	العربي
256	5	للمجوز	للحجز
256 هامش	4	مسال لحقيقي	مثالا لي حقيقيا
257 هامش	3	ملك	مالكا
262	8	الحاجزين	الحاجزان